FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DU CAUTIONNEMENT

DANS

LE TRÈS ANCIEN DROIT ROMAIN

ET

LE TRÈS ANCIEN DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

MARCEL GAMBIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

LAURÉAT DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINE, RUE FROIDE, 16

1896

Diss Caen
1896

Diss. Caen.
1896

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0007

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DU CAUTIONNEMENT

DANS

LE TRÈS ANCIEN DROIT ROMAIN

ET

LE TRÈS ANCIEN DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

Dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit

Le 25 Mars 1896, à 3 h. 1/2

PAR

MARCEL GAMBIER

Diss Caen
1896

Président : M. GAUCKLER, *professeur.*

Suffragants : MM. AMBROISE COLIN, *agrégé.*
BOUVIER, *chargé de cours.*

CAEN
IMPRIMERIE E. ADELINE, RUE FROIDE, 16

1896

INTRODUCTION

Les peuples qui ont atteint le même degré de civilisation ont des institutions identiques. C'est cette idée que M. Dareste développe ainsi, dans la préface de ses *Etudes d'Histoire du Droit* (1) : « ..... Un fait que les travaux modernes ont mis dans tout son jour, est l'affinité, pour ne pas dire l'identité, des diverses législations primitives. La philologie a montré par d'admirables découvertes l'origine commune de la plupart des langues européennes (2), qu'elle a su rattacher aux anciennes langues, mortes aujourd'hui, de l'Inde et de la Perse. Plus étroite encore est la parenté des diverses législations. Non seulement elles ont toutes subi les transformations analogues, mais elles se reproduisent souvent les unes les autres, trait pour trait, et presque mot pour mot (3), à travers les plus

(1) Dareste, *Etudes d'Histoire du Droit, 1889, préface, IX.*

(2) Pour se rendre compte de la vive clarté projetée par la philologie sur l'histoire des institutions primitives, V. Ihering, *les Indo-Européens avant l'histoire. trad. Meulenaere*, 1895. Beaucoup de déductions du puissant évocateur de l'âme juridique romaine ont leur point de départ dans des observations de linguistique.

(3) V. infra, II[e] partie, ch. 2, § 2, un rapprochement entre un fragment de la loi des XII Tables et un passage des Assises de Jérusalem.

énormes distances de lieu et les plus longs intervalles de temps, alors qu'aucun emprunt direct n'a jamais été possible, en sorte que pour expliquer cette ressemblance, qui ne saurait être fortuite, il faut nécessairement admettre ou que les deux peuples avaient une origine et par suite une tradition commune, ou que les mêmes causes produisent partout les mêmes effets. » Les *Etudes* de M. Dareste sont toutes consacrées à la preuve de cette vérité.

Elles nous montrent, ailleurs qu'à Rome, dans maintes législations, la famille fortement organisée, l'individu absorbé dans cette collectivité dont le père est à la fois le chef et la personnification (4) ; — les membres des groupes unis par les liens d'une étroite solidarité (5) ; — les femmes tantôt incapables de succéder, tantôt soumises à une tutelle perpétuelle (6) ; — la possibilité pour le chef de se dégager de toute responsabilité par l'abandon noxal (7), au cas d'un dommage causé par son es-

(4) Constitution patriarcale de la famille. Dareste : en Egypte, p. 3 ; dans les codes brahmaniques, p. 71 ; chez les Perses, p. 107 ; chez les Ossètes du Caucase, p. 137 ; dans le droit polonais du XIII[e] siècle, p. 189 ; dans le droit du Monténegro, p. 242.

(5) Solidarité familiale. Dareste : chez les Perses, p. 115 ; les Ossètes du Caucase, p. 147 ; dans l'ancien droit slave, p. 189 ; dans le droit brehon. p. 361.

(6) Tutelle perpétuelle des femmes. Dareste : en Grèce et en Egypte, p. 12 ; dans le droit hindou, p. 73 ; chez les Ossètes, p. 141 ; dans le droit hongrois, p. 273.

(7) Abandon noxal. Dareste : en Arménie et en Géorgie, p. 134 ; dans le droit russe, p. 217 ; dans le droit suédois et dans le droit norwégien, p. 297 et p. 322.

clave ou par son animal. Au point de vue du droit sur les choses, il résulte de ces *Études* que la propriété collective est un fait général (8), et que dans plus d'une législation, alors que la propriété individuelle a pris sa place, des survivances de l'ancien régime se rencontrent nombreuses, tel ce droit fréquemment accordé aux voisins de retrayer l'immeuble aliéné (9). Quant aux obligations, le formalisme des contrats d'une part; d'autre part, l'idée que l'inexécution d'une obligation est un délit méritant une peine, semblable à celle qui frappe les autres infractions dans le droit primitif, ce sont là des faits non moins généraux (10). L'identité des législations primitives n'est, dans aucune autre partie du droit, plus frappante que dans la procédure. Partout, à l'origine, l'Etat laisse l'individu réaliser lui-même son droit (11); celui-ci recherche non pas une satisfaction équivalente au droit lésé, mais la vengeance du dommage qui lui a été causé (12); et, pour prouver leur droit, les plai-

(8) Propriété collective. Dareste : en Egypte, p. 3 ; chez les Ossètes, p. 137 ; chez les Slaves du sud, p. 238.

(9) Droit des voisins. Dareste : chez les Slaves du sud, p. 237 ; dans l'ancien droit scandinave, p. 328.

(10) Ihering. *La faute en droit privé*, p. 66. — Dareste. *Études*, p. 77, et 79; droit persan, p. 104.

(11) Ihering. *Esprit du droit romain*, I, p. 122. — Collinet. *La Legis actio per pignoris capionem* (Th). — Dareste. *Etudes* : Droit israëlite, p. 20, ancien dr. scandinave, p. 318.

(12) Dareste : droit israëlite. p. 24. — droit hindou, p. 71. — Chez les anciens Perses, p. 116.— Chez les Ossètes, p. 126, 127 et 146.

deurs demandent le secours des éléments ou ont recours au duel (13).

Il semble qu'on puisse dire qu'il n'est pas d'institutions, même parmi les plus étranges, qui ne se rencontrent à la fois dans plusieurs législations. Ainsi la fameuse procédure de perquisition, *per lancem liciumque*, décrite par Gaïus, au commentaire, III, § 192, n'est pas particulière aux Romains ; on la retrouve en effet chez les Grecs, dans la plupart des *leges* germaniques, dans les lois anglo-saxonnes et, Ihering, dans ce livre si suggestif qui a pour titre « *les Indo-Européens avant l'histoire* », nous a enfin donné la clef de cette perquisition aux solennités énigmatiques, en faisant la description du costume de l'Arya, le père de l'Indo-Européen (14). La *Clameur de Haro* considérée pendant longtemps comme une institution propre au droit normand n'est pas autre chose que la procédure du *cri* du droit slave ou du *Gerucht* allemand (15). Une autre institution bizarre : le *jeûne* du créancier à la porte du débiteur, comme moyen de contraindre celui-ci à payer sa dette, est mentionnée à la fois

(13) Les ordalies dans les codes brahmaniques, p. 81. — Droit persan, 105. — Ossètes, p. 129. — Ancien droit scandinave, p. 338. — Dr. hongrois, p. 261. — Droit germanique, p. 401.

(14) Aristoph. *Nub.* 497 ; Plat., *de Leg.* XII, 7. — Dareste, p. 300. — Ihering. *Les Indo-Européens avant l'histoire*, p. 13 (le tablier de cuir des Aryas).

(15) Viollet. *Etablissements de Saint-Louis*, I, p. 188 et s. — Dareste. *Etudes*, p. 226. — Colin. *Cours professé à la Faculté de droit de Caen, en 1895, sur les institutions anglo-normandes.*

dans les *Codes brahmaniques* et dans le *Senchûs Mor* (16).

Après avoir lu les *Etudes* de M. Dareste et ce livre déjà cité, dans lequel Ihering cherche à déterminer ce que les Indo-Européens doivent aux Aryas, au peuple-père, comme il dit — on revient pénétré de cette conviction qu'à l'origine les conceptions juridiques des différents peuples de race indo-européenne furent les mêmes et qu'il plane, au dessus des législations particulières, un droit primitif commun à tous les peuples dans l'enfance.

La raison de cette ressemblance des institutions primitives ? C'est à la fois : l'identité des besoins des peuples — pour les Indo-Européens, la communauté d'origine — enfin, cette loi que les sociétés, comme les individus, s'imitent les unes les autres (17).

Notre but, dans cette thèse, est de vérifier l'existence de cette ressemblance, par rapport à une institution fort répandue à l'aube des civilisations : le cautionnement, c'est-à-dire la convention par laquelle une personne, la caution, garantit à une autre une certaine prestation, un certain *devoir* (18), d'un tiers.

(16) Dareste. *Etudes,* p. 104.

(17) Tarde. *Les lois de l'Imitation,* étude sociologique. Paris, 1890. — *Les transformations du Droit.* Paris, 1893, p. 5 et 174.

(18) Nous opposons le *devoir* à l'*obligation.* Le *devoir*, c'est la promesse non sanctionnée — non reconnue par l'Etat — l'*obliga-*

Montrer qu'il y a une conception primitive du cautionnement (19) ;— que, partout à l'origine, cette convention est un acte formaliste, donnant naissance à une obligation absolument indépendante du *devoir* qu'elle garantit ; — que la caution est le véritable, le seul obligé ; — que l'obligation ne se divise point lorsqu'il y a pluralité de cautions, qu'elle est intransmissible aux héritiers de la caution, etc., — que le cautionnement a la même utilité pratique, le même rôle, où qu'on l'étudie, sous son aspect primitif — tel est l'objectif que nous nous proposons d'atteindre.

Pour faire notre preuve, nous étudierons spécialement trois législations appartenant à trois civilisations dont le développement est sensiblement égal : l'ancien droit romain, le droit germanique, spécialement le droit frank, notre très ancien droit coutumier. Nous établirons que le cautionnement du temps

tion, c'est la promesse classée par l'Etat au rang des actes juridiques munis d'une sanction. Nous prendrons désormais chacun de ces deux mots dans le sens que nous venons de leur assigner.

(19) Nous n'avons point la prétention d'avoir découvert qu'il y avait une théorie du cautionnement primitif. L'analogie qui existe entre les législation primitives, au point de vue du cautionnement, a été signalée par de nombreux auteurs. M. Esmein, dans ses belles *Etudes sur les contrats dans le très ancien Droit français*, études dont nous nous sommes très largement inspiré, attire l'attention sur les nombreux traits communs que présente la *plègerie* ou cautionnement du Moyen-Age français, avec l'*adpromissio* romaine D'autre part, M. Dareste, dans ses *Etudes d'Histoire du droit*, insiste, en plus d'un endroit, sur le même point. Voir aussi Tarde. *Transformations du droit* (p. 111).

de la loi des XII Tables (19), et même celui que décrit Gaïus (20) a été, en quelque sorte, copié sur le même modèle que celui de la loi salique (21), ou encore par celui exposé par Philippe de Beaumanoir, dans sa *Coutume de Beauvoisis* (22).

Précisons davantage le champ de nos recherches. En droit romain, nous nous placerons avant le mouvement législatif bien connu qui, au cours du VII[e] siècle de Rome, de la loi *Appuleia* à la loi *Cornelia* (23) modifia, en l'améliorant, la condition des cautions. En droit germanique, nous invoquerons à la fois : les *leges*, des actes concrets passés sous les rois des premières races ; enfin des *capitulaires* des Mérovingiens et des Carolingiens. Dans notre très ancien droit coutumier, nous ne ferons appel qu'aux sources antérieures au XIII[e] siècle,

(19) 300-304, A. u. c.

(20) Les *Institutes* de Gaïus n'ont été rédigées que vers la fin du règne d'Antonin le Pieux (138-161), et n'ont été terminées qu'après la mort de ce prince.

(21) Viollet. *Précis de l'Histoire du droit français ; Sources,* p. 83. Le plus ancien texte de la loi salique aurait été rédigé, d'après les plus récents travaux critiques, sous le règne de Clovis, entre 486 et 496. Le plus récent remonte à Charlemagne et est attribué par Pardessus à l'année 768 (?).

(22) L'ouvrage de Beaumanoir, *La Coutume de Beauvoisis*, a été commencé au plus tard en 1279 ; il fut achevé en 1283.

(23) Gaius, III, § 116 à 118. On a beaucoup discuté sur les dates des différentes lois dont parle Gaïus. Voici la chronologie proposée par Appleton dans une *Etude sur les sponsores et les fidepromissores* (N. R. H., 1876) : Loi Appuleia, 652 ; loi Furia, 655 ; loi Cicereia (?) ; loi Cornelia, 666-673. — Voir également sur ces dates : Paul-Louis-Lucas, *Rev. Gén. de Droit,* 1885, p. 533 et s. ; Cuq. *Inst. jurid.,* p. 704 et 703, en note.

car à partir de cette époque, le cautionnement s'est modernisé sous l'influence du droit de Justinien.

Ayant observé le cautionnement de ces diverses législations, nous tenterons de faire une synthèse du cautionnement primitif.

Dans les quatre législations indiquées, nous démontrerons l'identité du cautionnement au triple point de vue : 1° de l'acte générateur, c'est-à-dire de la convention qui donne naissance à l'obligation de la caution ; 2° des effets du cautionnement ; 3° de la fonction, autrement de l'utilité pratique du cautionnement.

Notre thèse se divisera donc naturellement en trois parties :

I. — L'Acte générateur du cautionnement.
II. — Les Effets du cautionnement.
III. — L'Utilité pratique du cautionnement.

Commençons donc la vérification de l'identité affirmée dans l'ordre indiqué.

PREMIERE PARTIE

L'ACTE GÉNÉRATEUR DU CAUTIONNEMENT PRIMITIF

SOMMAIRE. — *Considérations générales sur le formalisme du droit primitif*, au point de vue : de la procédure, des actes translatifs de propriété, des actes générateurs de droits personnels en général, du cautionnement primitif en particulier.

Pourquoi du formalisme du cautionnement primitif ? Cause originaire : *l'impuissance d'abstraction* du primitif. — Causes de la persistance du formalisme : 1° il permet de distinguer entre *le projet de cautionner et la volonté* de cautionner ; 2° il provoque *la réflexion* chez la future caution.

CHAPITRE PREMIER. — *Formalisme du cautionnement primitif romain.* Influence de la loi *Silia* sur ce formalisme. § 1. Le cautionnement avant la loi *Silia*. L'engagement du *vas*, du *vindex*, du *præs* dans la forme *esse*. § 2. Le cautionnement après la loi Silia : la caution s'engage dans la forme *stipulatoire*. Les nouveaux *vades*, les *sponsores*, les *fidepromissores*.

CHAPITRE II. — *Formalisme du cautionnement germanique* et de la *plégerie* du Moyen-Age. § 1. *Fidejussio* germanique : elle a lieu dans la forme de la *fides facta cum festuca ou cum wadio*. Le formalisme de la *fidejussio* lombarde et de la *fidejussio* franque. § 2. *Plégerie* de notre ancien droit coutumier : formalisme *manuel*, son déclin à l'approche du XIII^e^ siècle.

L'acte générateur du cautionnement primitif est formaliste. Ce caractère formaliste est com-

mun aux actes juridiques des législations primitives.

Qu'il s'agisse de *créer* le droit, de le *transférer* ou de le *réaliser*, la forme omnipotente s'impose à l'homme.

Dans la procédure, les rites sont souvent complexes au point de paralyser l'activité juridique qui ne peut se manifester qu'avec le concours d'initiés qui conservent avec un soin jaloux les arcanes du droit. Les civilisations jeunes nous donnent toutes le spectacle de ces initiés guidant les profanes dans le dédale des procédures *(pontifes, druides, brehons)*.

Le concours des volontés ne suffit pas alors pour transférer la propriété ou obliger : il faut que l'accord des parties soit rendu sensible par des cérémonies simples ou compliquées, plus souvent compliquées où foisonnent les symboles mystérieux, où les volontés se matérialisent soit en des gestes, soit en des *verba solemnia*, sous l'œil attentif de la tribu ou du peuple. Qu'on se place à Rome, ou chez les tribus germaniques, on voit qu'un rapprochement est facile à faire entre l'acte translatif de la propriété chez celles-ci et la *mancipatio* de celle-là. C'est devant une assemblée que se déroulent ces deux actes. Souvenir des temps où les choses, propriété collective, ne pouvaient être aliénées que du consentement de la communauté, *absque omni contradictione*, disent nos anciennes chartes. Dans la *mancipatio*, l'assemblée est réduite à cinq témoins ; dans

la vente germanique; c'est le peuple tout entier ! Et il en sera ainsi jusqu'au XVI[e] siècle, chez les Danois, dont la *scotatio* ou aliénation des immeubles se déroulait devant le *ting*.

Si nous considérons maintenant les actes générateurs de droits personnels, le formalisme s'offrira à nos yeux aussi général. Partout le contrat a été formaliste à l'origine, et l'on a mis bien du temps à s'apercevoir que l'obligation dérive des volontés nues et que les formes dont celles-ci se révêtent ne sont pas nécessaires à la naissance de l'obligation. Le droit romain ou le droit germanique ont été les esclaves du formalisme contractuel. Le premier, même dans son dernier état, n'a pas admis d'une façon entière que le simple consentement obligeait. Quoique le préteur romain ait dit « *pacta servabo* », Rome a toujours ignoré cette vérité que la convention fait la loi des parties. — Chez nous le formalisme fut seulement un peu moins vivace. On le verra enserrer toutes les conventions pendant la période franque et notre très ancien droit coutumier. Il ne déclinera qu'au XIII[e] siècle, sous l'influence des juristes et du droit canon, qui font enfin prévaloir le principe nouveau que la volonté amorphe suffit pour lier les parties, vérité que Beaumanoir exprime ainsi : *Toutes convenances sont à tenir et por ce dit-on convenance loi vainc*.

Au milieu d'un tel épanouissement de formes, le cautionnement ne pouvait échapper à la nécessité

commune. Romain ou germanique, il sera formaliste.

A Rome, la caution *(vas, præs, vindex)* s'obligera d'abord dans la forme *esse ;* elle dira : *vas, præs, vindex sum.* Ensuite, la notion d'obligation s'étant épurée, la caution s'engagera dans la forme interrogative et stipulatoire : *spondesne ? spondeo.* Le *verbe* est alors tout-puissant.

Dans le droit frank, le fidéjusseur sera également soumis à un certain formalisme, formalisme qui sera moins *verbal* que le formalisme romain, et qui sera surtout *réel.* En effet, la promesse du fidéjusseur germanique devra être accompagnée de symboles *réels :* jet d'une baguette *(festuca)*, ou remise d'un bâton *(wadium)* au créancier.

Dans notre très ancien droit coutumier, le formalisme de la plégerie est une variété du formalisme *réel*, c'est un formalisme *manuel.* Le plège ou caution du Moyen-Age promettra *per manum,* c'est-à-dire en donnant la main au créancier. C'est la toute-puissance du *geste.*

Si le formalisme s'atténue à Rome, grâce à l'admission comme procédés de cautionnement de deux actes non formalistes le *pacte de constitut* et le *mandatum pecuniæ credendæ*, cependant, c'est seulement chez nous, au XIII[e] siècle, que le formalisme du cautionnement disparaîtra avec le formalisme con-

tractuel, et que l'acte apparaîtra avec sa physionomie moderne de contrat purement consensuel (1).

Le pourquoi du formalisme du cautionnement primitif. — Ce formalisme du cautionnement primitif s'explique par la même raison que le formalisme des contrats en général. Or, il serait erroné de rattacher exclusivement l'existence des formes dans les conventions du droit primitif aux avantages pratiques qu'elles offrent.

Les formes ont leur origine « *dans la tendance plastique qui anime la nation* » (2), instinct commun à tous les peuples et qu'Ihering considère avec raison comme au phénomène général de l'histoire de la civilisation.

Tous les peuples traversent cette phase durant laquelle, « l'esprit resserré dans les liens de l'idée sensible prend son cours vers des moyens d'expressions sensibles, appelle à son aide les images du langage, forge les *symboles* de ses idées, emploie *l'action* pour rendre d'une façon sensible et plastique

(1) Dans le Droit moderne, particulièrement dans notre Code civil, le cautionnement est un contrat purement consensuel. « Le consentement des parties n'est assujetti à aucune forme. » (Guillouard. *Traité du cautionnement*, p. 39. — C. de cass., 28 août 1872 ; D., 72, I, 396). — S'il en est ainsi du cautionnement dans la plupart des Codes modernes, il faut faire exception : pour le Droit anglais (Pawitt, *Dr. anglais codifié*, p. 67) qui décide que l'engagement de la caution doit être écrit, sans quoi, il n'y a pas d'action contre elle, — pour le Droit général russe (Lehr. *Eléments du Dr. civil russe*, II, n° 379, — pour le Code fédéral des obligations de Suisse (art. 491).

(2) Savigny. *System.* II, *p. 239.*

ses sentiments, ses dispositions, ses aspirations, ses résolutions. Pour eux, l'invisible devient visible, ce qui est éloigné se rapproche, ce qui est interne apparaît à la surface. Telle est la langue que ces peuples comprennent et au moyen de laquelle ils rachètent leur impuissance à penser et à parler d'une manière abstraite (3). »

L'impuissance des primitifs à abstraire, la nécessité de rendre sensible, de matérialiser la pensée, voilà la raison première du formalisme juridique. La nécessité de rendre l'idée sensible s'imposera à celui qui veut cautionner comme à quiconque veut exprimer une chose interne, volonté de s'obliger, de transférer la propriété. La caution exprimera cette volonté à l'aide de certains mots, de certains actes. Le primitif, romain ou germain, connaît ces mots, ces actes, ignore le cautionnement.

Lorsque l'esprit humain plus développé pourra abstraire la chose signifiée du signe, le formalisme subsistera, malgré ses inconvénients qui sont largement compensés par ses avantages.

En effet, si l'on peut faire grief au formalisme d'être dangereux, en exposant l'ignorant aux nullités pour vice de forme, d'être incommode en ce qu'il est un obstacle à la libre expression de la volonté, il faut cependant convenir qu'il présente des avantages.

(3) Ihering. *Espr. du dr. romain*, III, p. 197 et s., à propos du fondement historique du formalisme.

Et ce sont précisément ces bienfaits du formalisme qui nous expliquent sa brillante destinée dans la théorie romaine, ou coutumière du cautionnement.

Le cautionnement est un acte dangereux pour la caution qui sera souvent exposée à payer pour le tiers qu'elle garantit (4). Et l'on n'ignore point que certaines législations exigent pour le contrat une capacité particulière (5). Ce qui est vrai aujourd'hui du cautionnement l'est davantage dans les législations primitives, où la caution occupe une position avancée où elle peut être l'objet d'une exécution rigoureuse, en vertu d'une procédure sommaire. On conçoit alors que la loi tienne à ce que la volonté de cautionner ne soit pas douteuse, soit clairement exprimée. Or ce désir recevait pleine satisfaction grâce au formalisme. Le cautionnement ne pouvant être fait qu'avec l'aide de certaines formes, leur emploi était la preuve de la volonté d'intervenir pour un tiers. Impossible alors de confondre la simple intention d'*intercedere pro alio*, le projet de cautionner avec la volonté arrêtée de cautionner.

Cette difficulté d'interprétation de volonté possible aujourd'hui avec le cautionnement purement consensuel ne l'était pas, alors qu'il n'y avait cautionnement

(4) Guillouard. *Traité du cautionnement*, p. 39.

(5) S. C. Velléien. — Beaumanoir. *Coutume de Beauvoisis*, sur la capacité du plège, XLIII (éd. Beugnot).

que si la forme était intervenue, lorsqu'elle « avait donné son empreinte à l'acte ».

Enfin, outre qu'elles facilitaient la preuve, les formes présentaient une autre utilité. « Dans l'intérêt de la prospérité des relations civiles, dit Savigny (6), il est désirable que les conventions ne soient pas conclues à la hâte, mais qu'on réfléchisse mûrement aux conséquences qui en découleront. La nature du contrat solennel (tel que la stipulation romaine) tend à exciter cette attention sérieuse de l'esprit et contribue ainsi à créer cette situation désirable ». Le formalisme du cautionnement provoquait chez la future caution cette attention sérieuse, « ce réveil de la conscience juridique » comme dit Ihering. « Aussitôt que le petit mot *spondesne* résonnait dans le cours d'une conversation, il annonçait au Romain que l'entretien qui jusque là avait revêtu un caractère non juridique, un caractère amical, allait prendre un caractère d'affaire, il était le signal d'un acte de nature et de signification juridiques (7) ». De même le jet de la *festuca*, l'offre du *wadium* ou d'une poignée de main provoquaient chez le Germain ou le Français du Moyen-Age une impression juridique, les avertissaient qu'ils étaient sur le point de passer un acte important pouvant avoir pour eux les conséquences les plus graves.

(6) Savigny. *Obligationen Recht,* II, p. 219.
(7) Ihering, *Esprit du Dr. romain,* III, p. 190.

Ces avantages du formalisme du cautionnement expliquent que certaines législations (8) soumettent encore la validité de ce contrat à la forme littérale, et que des auteurs regrettent qu'on en ait fait un contrat purement consensuel (9).

(8) Les voir, supra, note 1.

(9) Guillouard. *Traité du cautionnement,* p. 40.

CHAPITRE PREMIER

FORMALISME DU CAUTIONNEMENT PRIMITIF ROMAIN

Le formalisme du cautionnement varie, dans l'ancien droit romain, suivant qu'on se place avant ou après les lois Silia et Calpurnia (10). Avant la loi Silia, la distinction entre le droit réel et le droit de créance ne s'est pas encore produite. En effet, suivant une opinion très accréditée (11), c'est avec la loi Silia qu'apparaît la notion abstraite d'obligation.

Avant cette loi, le débiteur est la chose du créancier ; c'est l'objet d'un véritable droit réel. Débiteur ou caution étaient un *gage vivant* du créancier, lui étaient complètement asservis. Ils n'étaient pas des obligés au sens métaphysique et actuel du mot, mais des obligés au sens positif. Alors, on concevait que l'homme ne pouvait retirer quelque utilité de ses semblables ou des choses qu'à la condition d'être en relation immédiate avec eux ou avec elles, de les avoir *in manu*. La conception que l'on pouvait obte-

(10) La loi *Silia* est du commencement du IV[e] siècle, probablement de 345, donc postérieure d'environ cinquante ans à la loi des XII Tables (300-304). A cette date, en effet (345), un Silius est questeur plébéien.

(11) Sur l'absence de la notion du droit de créance, aux premiers siècles de Rome, voir : Kuntze. *Die obligationen*, 4. — Girardin, *N. R. H.*, 1887, p. 74, n° 1. — H. Krueger, *Gesch. der. cap. dem.*, 237. — Muirhead, trad. Bourcart, 588. — Cogliolo, *Storia*, II, 118.

nir les avantages des choses par l'intermédiaire de son semblable, par l'obtention d'une promesse de celui-ci, se fit jour très lentement. Et ce n'est que très lentement aussi que la loi se décida à sanctionner les droits résultant de ces promesses. A l'exemple de la loi religieuse, la loi positive finit par décréter qu'elle forcerait l'homme à exécuter ce qu'il avait librement voulu, à tenir sa promesse.

Cette émancipation progressive de la personne, cette substitution de la volonté humaine à la personne humaine, en tant qu'objet du droit, fut la cause d'un changement dans la forme des actes créateurs du droit. Avant la loi Silia, la forme de l'acte générateur de l'obligation, le *nexum*, exprime l'asservissement de l'emprunteur au prêteur. Qu'on se souvienne de la formule de la *nexi liberatio !* Le *nexus* dans la *nuncupatio* de l'acte *per æs libram* s'avouait *domatus*, *damnatus*, c'est-à-dire reconnaissait le *dominium* du créancier. Lorsque la loi Silia vint remplacer les chaînes dont le prêteur pouvait couvrir son débiteur, par les *vincula juris*, plus légers, mais non moins efficaces, une modification profonde dut se produire dans la forme du nouvel acte obligatoire : la forme exprimera désormais que le débiteur ou la caution n'engage plus son *corps*, mais sa *volonté*, qu'elle promet.

Le créancier ne pourra plus directement se mettre en possession de l'emprunteur, du gage vivant ; il devra s'adresser à la justice, conclure à

l'exécution de la promesse, *intendere dare oportere* (12).

La loi *Silia* avait ainsi réalisé une triple réforme : très probablement œuvre d'un plébéien, elle améliorait d'une façon sensible la condition des débiteurs en adoucissant les rigueurs de l'exécution primitive — ensuite au droit immédiat sur le corps du débiteur, au droit *personnel (stricto sensu)* (13), elle substituait le droit de créance — enfin, en épurant la notion d'obligation, elle modifiait l'acte générateur dans son formalisme. C'est cette modification du formalisme qui est, pour nous, la réforme importante. En nous plaçant d'abord avant, ensuite après la loi Silia, nous verrons quel était le formalisme du cautionnement primitif.

§ 1

Trois cautions sont connues avant la loi Silia : le *vindex*, le *vas*, le *præs*. Le *vindex* est le tiers qui intervient sur la *manus injectio ou l'in jus vocatio* pour faire relâcher celui qui est l'objet de la *manus injectio* ou de *l'in jus vocatio* — c'est celui qui prétend qu'une violence injuste est commise, *qui vim esse dicit*. — Le *vas* est le tiers qui garantit un *devoir* ou bien encore une *obligation* de droit privé assumée par une

(12) Gaius. Com. IV. § 18 et 19.

(13) *Personnel* dans le sens de droit qui a pour objet la *personne* le corps du débiteur.

autre personne. Le *vas* cautionne ainsi des promesses non reconnues par la loi — ou des obligations telles que celles qui dérivent du *nexum,* de la *dotis dictio*, etc. — Le *præs* est une caution spéciale au droit public ; c'est lui qui garantit les *devoirs* résultant d'actes passés entre l'Etat et les particuliers. Lorsque la République est créancière d'un particulier, *manceps,* elle exige de lui des *prædes.*

Ces trois cautions s'engagent dans la forme *esse*, c'est-à-dire que chacune fait précéder le verbe *sum* de la qualité juridique qu'elle veut prendre. Le tiers veut-il intervenir sur la procédure de la *manus injectio* ou de *l'in jus vocatio*, il dit : *vindex sum !* Désire-t-il garantir une obligation de droit privé, celle d'un *nexus*, d'un mancipant ou d'une personne qui a constitué une dot *(dotis dictio)*, il dit : *Vas sum !* S'agit-il au contraire de renforcer un engagement pris envers la République, la caution dira : *Præs sum !* L'emploi du verbe *esse* qui est très fréquent dans les actes du très ancien droit romain emporte asservissement complet de la personne du débiteur envers le créancier. Le *vindex*, le *vas*, le *præs* qui l'ont employé sont désormais des *damnati* comme le *nexus* qui se lie en disant : *damnas sum*, etc.

Ce formalisme n'est pas admis par tous ceux qui ont écrit sur les anciennes cautions du droit romain, aussi convient-il d'indiquer les formes dissidentes et les arguments qui sont de nature à faire admettre

la forme *esse*. Pour cela examinons successivement chacune des trois cautions.

Vindex (14). — Il n'est pas facile de déterminer comment le *vindex* se présentait sur la *manus injectio* ou l'*in jus vocatio*, rien ou presque rien ne nous ayant transmis à ce sujet (15). Cependant on ne doute point que cette intervention ait été formaliste, qu'elle ait été entourée de solennités (16). En effet la haute

(14) On a contesté au *vindex* qu'il fût une *caution*. C'était un tiers qui, soit par un sentiment désintéressé ou par le souci de sa popularité, intervenait au profit d'une personne qui était l'objet d'une *manus injectio* ou qui était citée devant le magistrat (*in jus vocatio*). Le *vindex* libérait ainsi le défendeur à la *M. I.* ou à l'*I. J. V.* La procédure en effet se continuait avec lui. Mais la libération du défendeur était-elle complète, et le *vindex* assumait-il toutes les suites du procès qui suivait son intervention ? On l'a nié et dit que le *vindex* était un représentant du défendeur, dans la personne duquel les actes du *vindex* avaient leur effet. Nous pensons au contraire que le *vindex* prenait sur lui toutes les suites du procès, que c'était une *caution*, une sorte d'*expromissor* comme les cautions primitives. La preuve de cette affirmation se trouve dans le texte où il est dit du vindex : pro se *causam agere solebat* (Gaius, IV, 21). — Voir en ce sens : Gauckler. *N. R. H*, 1889. — Schulin. *Lehrbüch, die Bürgschaft*, p. 346.

(15) Schulin. *Lehrb.*, p. 347.

(16) Gauckler, *N. R. H.*, 1889. « Son intervention (du *vindex*) était accompagnée sans doute d'actes symboliques comme la mainmise sur le débiteur ». — P. Maria (Le *Vindex* p. 113 et s. 1895 (Th.), recherchant dans quelle forme le *vindex* intervenait sur la *M. I.* se demande d'abord si cette intervention était ou non spontanée ? Au temps des XII Tables, il conclut, avec raison selon nous, du texte : *aut quis endo em jure vindicit*, que le *vindex* se présentait lui-même directement. Spontanément le *vindex* répond à un acte de force par un autre acte de force. La même spontanéité aurait encore existé plus tard, dit-on, malgré le texte de la *lex Coloniæ Juliæ Genetinæ* (710 de Rome), et celui de Gaius qui s'exprime ainsi : *qui vindicem non dabat, domum ducebatur*. Il semble bien cependant résulter de ces textes que la *vindicis* datio était alors l'œuvre du *prensus*. — Quoi qu'il en soit de ce point, M. Maria estime qu'au temps des XII Tables, l'intervention avait lieu de la façon suivante : le *vindex*

antiquité (17) de cette caution — elle est sans doute antérieure à la loi des XII Tables — les circonstances dans lesquelles elle apparaissait, elle venait mettre un terme à une lutte véritable engagée entre la victime du délit et le délinquant, tout nous porte à croire que le *vindex* devait agir suivant les prescriptions d'un rituel déterminé. L'acte du *vindex* était probablement soumis à des conditions de forme voisine de celle de la *legis actio* sur laquelle elle se greffait : M. I. ou I. J. V.

Quant à la nature de ces conditions de forme, on a soutenu (18) avec beaucoup de vraisemblance que le *vindex*, mettant la main sur le débiteur s'engageait sous la forme nuncupative : *vindex sum* ! Que le *vindex* se soit obligé dans la forme *esse*, il est difficile d'en douter si l'on se rappelle qu'il est complètement substitué à la personne du débiteur, qu'il engage son corps comme celui-ci. Mais s'engageait-il dans la forme interrogative comme le *præs* (*An præs es? præs sum*), comme plus tard le *sponsor* (*spondesne spondeo*)? La forme interrogative qui croyons-nous,

suivait un rituel calqué sur celui de la *M. I.* (Gaius, IV, § 121), il procédait à une *manus depulsio,* repoussait la mainmise du *manus injiciens* sur le *prensus* en prononçant une formule qui rappelle celle de la M. I. : *Quod ille tibi jure judicatus (sive damnatus) non est sestertium X milia, quandoc ea solvit, ob eam rem ego illi sestertium X milium judicati manum depello.*

(17) Schulin. *Lehrb.*, p. 346, affirme que le *vindex* est la caution la plus ancienne du Dr. romain et du Dr. grec. — Rapprocher Ihering. *Les Indo-Europ. avant l'hist.*, à propos du poteau auquel les Aryas liaient le débiteur.

(18) Huschke. *Ueber das Recht des nexum,* p. 51.

s'imposait à toutes les autres cautions, parce qu'elle avait l'avantage d'éveiller leur attention sur les charges qu'elles allaient assumer, n'avait pas lieu d'être ici. En effet, il n'était pas utile qu'une interrogation incitât de nouveau le *vindex* à des réflexions qu'il avait dû faire avant de se jeter dans une procédure périlleuse comme la *M. I*, où il se savait exposé à sombrer tout entier corps et biens.

Vas. — Aulu-Gelle qui nous apprend que le *vadimonium*, c'est-à-dire le contrat par lequel le *vas* s'engageait, existait au temps des XII Tables (19) ne nous indique pas en quelle forme s'engageait le *vas*. Cicéron dit bien que le *vadimonium* exige des *concepta verba* (20), mais l'orateur romain vise le *vadimonium* de son temps tout différent de celui de l'ancien droit romain.

A notre avis, le formalisme du *vadimonium* de l'époque républicaine varie, suivant qu'on se place avant ou après la loi Silia. C'est là un point de vue qui a été complètement négligé par M. Voigt (20 *bis*), dans la monographie qu'il a consacrée

(19) A. G. XII, 10, 8. — Girard. Textes, p. II. *Cum proletarii et assidui et sanates et VADES et SUBVADES et XXV asses et taliones evanuerint, omnisque illa XII tabularum antiquitas... lege Æbutia lata consopita sit.*

(20) *Ad Quint. fr. II*, 15.

(20 *bis*) Dans sa monographie, *Ueber das vadimonium*, M. Voigt examine bien le *vadimonium* du vieux droit romain, ensuite celui du droit impérial et montre que le premier est un procédé *d'intercessio*, de cautionnement, tandis que l'autre est une simple pro-

au *vadimonium*. Nous croyons que l'engagement du *vas* qui est bien antérieur à la loi Silia a subi, quant à son formalisme, l'influence de cette loi.

Avant la loi Silia, il n'y a qu'un droit, celui qui confère à son titulaire la faculté de se saisir de la personne, sujet passif du droit. Tel était le droit qui dérivait du *nexum*, tel était celui qui avait son origine dans le *vadis datio*. L'identité de la condition du *vas* avec celle du *nexus* ne fait plus de doute, lorsqu'on constate qu'étymologiquement *vadatus* est l'équivalent de *vinctus*, *obstrictus*. *Nexus*, *vadatus*, *vinctus*, tous ces mots font naître dans notre esprit l'image d'un débiteur couvert de liens véritables.

De l'analogie entre la condition du *vas* et celle du *nexus*, on a conclu que primitivement la *vadis datio* se faisait comme le *nexum*, à l'aide d'un acte *per æs et libram* (21). La caution se serait obligée de la même manière que le débiteur principal que le *nexus*, ce qui, soit dit en passant, aurait donné satisfaction au souci bien romain d'obtenir l'élégance des actes juridiques par la concordance des formes (22). La caution se serait mancipée au créancier de la même

messe du défendeur (Gaïus IV. 184-187) ; mais il considère que ce dualisme ne correspond pas à un dualisme dans la forme de l'acte générateur. Le *vadimonium* se serait fait, d'après lui, de tout temps dans la forme *promitto*.

(21) Maynz. *Cours de Droit romain*, I. p. 562 et 564.

(22) Sur les concordances des formes en droit romain. Ihering. *Esprit du Droit*, § III, 317. — Roux. *Etude historique de la loi de correspondance des formes* (Th.).

façon que le *nexus*, mais sous cette condition que le créancier s'engageait à l'émanciper après le paiement de la dette. Le *vas* devenait ainsi la propriété du créancier. Cette conjecture sur la *vadis datis* nous semble un peu compliquée et difficile à admettre, lorsqu'on songe qu'il n'y avait entre le prêteur et le *vas* aucune remise d'argent, pouvant rendre compte de la présence de l'*æs* et de la *libra*, et d'une mancipation de la caution. Tout ce qu'on peut admettre, c'est que le *vas* pouvait figurer à l'opération du *nexum*.

Il est plus naturel de penser que le *vas* cautionnait dans la même forme que le *præs*. Cela est d'autant plus probable que le *vas* et le *præs* se sont confondus à l'origine (23). A la formule de la *vadis datio*, qui nous est rapportée par Festus et par Varron (24). *An præs es? Præs sum* aurait donc correspondu celle de la *vadis datio : An vas es? Vas sum*.

Cette formule, qui a l'avantage de s'appuyer sur des textes, en présente une autre. Elle nous explique la condition rigoureuse du *vas*. Lorsque le *vas* dit : *vas sum*, il engage (25) sa personne, il se re-

(23) Infra., III[e] partie.

(24) Festus. V. *Præs est is qui populo se obligat interrogatusque a magistratu, si præs sit, ille respondet præs.*— Varron. *L. l. VI. 74 : Præs qui a magistratu interrogatus in publicum ut præs sit ; a quo et cum respondet, dicit præs.*

(25) Nous prenons le mot « *engager* » dans son sens étymologique, donner en gage. *Gage, wadium, vas,* etc., ont leur origine dans la racine sanscrite « *vad* ».

connaît lié *vadatus*. Désormais il est sous le *dominium* du créancier, il est *damnatus* et comme les *damnati* (26) il est exposé aux rigueurs de la *M. I.*

Cette forme du *vadimonium : An vas es ? vas sum* subsista jusqu'à la loi Silia, c'est-à-dire peut-être pendant un demi siècle après la loi des XII Tables.

Præs. — En présence des textes si précis de Festus et de Varron (27), il semble qu'il ne devrait pas y avoir de divergences ni sur le caractère formaliste de la *prædis datio*, ni sur l'essence de ce formalisme. Il n'en est rien : ces deux points sont controversés.

On a nié le caractère formaliste de la *prædis datio* et dit que l'obligation du *præs* pouvait naître en dehors de toute formule solennelle, que la simple manifestation de s'engager envers la République, devant le magistrat, suffisait (28). Cette opinion invoque comme raison que la République ne pouvait être astreinte au formalisme comme les particuliers. C'est là une pure affirmation. Les textes de Varron et de Festus établissant d'une façon très ferme que la *prædis datio* avait lieu en une certaine forme, rien ne nous autorise à dire que cette forme était facultative. Bien plus, tout ce que nous savons du

(26) Des philologues donnent comme racine de *damnatus* le sanscrit dâ, lier, dâm, comme *domare*. A l'appui de cette étymologie, on a fait remarquer que Plaut. *Trin.* IV. 1. 10 rapproche *damnare* de *domare*, qu'il prend pour synonymes.

(27) V. ces textes à la note 24.

(28) Mommsen. *Stadrecht von Salp. and Malaca.* Leip. 1855, p. 468, note 32.

caractère rigoureusement obligatoire du formalisme romain vient à l'encontre de cette opinion. Le formalisme romain qui s'imposait aux dieux eux-mêmes devait également lier la République (29).

Mais quel était le formalisme de la *prædis datio?* Pour certains auteurs, le *præs* ne s'engageait pas dans la forme interrogative que rapportent Festus et Varron. Comme dans les obligations publiques en général, la cérémonie aurait consisté ici dans l'emploi du verbe *esse* que l'obligé aurait fait précéder de la qualité de *præs*. Le *præs* disait *præs sum* (30). A ces affirmations, il suffit d'apposer les textes si précis de Varron et de Festus qui tous deux déclarent que dans la *prædis datio*, le magistrat interrogeait en ces termes la caution : *An præs es ?* et que celle-ci répondait : *Præs sum* (31).

(29) On sait que les dieux devaient manifester leur volonté dans la forme du droit augural, sinon il n'en était pas tenu compte.

(30) Huschke. *Ueb. das R. des nexum*, p. 51. Peltier. La *Cautio prædibus prædiisque* 14, p. 26 et s. (Th.).

(31) La forme interrogative de la *prædis datio* n'est pas douteuse pour Ihering qui, à son sujet, s'exprime ainsi : « Nullement restreinte à la stipulation dans la vie juridique à Rome, la forme interrogative se produisait à l'époque ancienne dans d'autres cas encore où il s'agissait de créer une obligation. C'est ainsi que les *prædes* s'obligent par demande et par réponse. C'est ainsi que d'après Plaute se concluent les contrats de vente : *Est ne emptus ? Est emptus.*

§ 2

A partir de la loi Silia, l'obligation dans la forme *esse* déclina. Les lois Silia et Calpurnia permettant de conclure devant le magistrat à l'exécution de la promesse d'un *dare* ou d'un *facere*, promesse qui n'était sanctionnée auparavant que par la loi religieuse ou le censeur, la notion d'obligation civile était dégagée. La *promesse* de cautionner devient obligatoire comme les autres. Les actes solennels du droit antérieur *nexum*, *vadis datio*, *dotis dictio* vont faire place aux actes promissoires. Le formalisme de l'acte d'une part, la condition du débiteur ou de la caution d'autre part, vont changer. Le débiteur, la caution ne seront plus tenus pour garantir une dette d'engager leurs personnes, de conférer sur eux un véritable droit réel, il leur suffira de *promettre*. Au point de vue de l'amélioration de la condition des débiteurs, la loi Silia, en subordonnant l'exercice de la *M. I.* à une décision préalable du juge, peut être rangée parmi les lois qui aux IV^e^, V^e^, VI^e^ siècles de Rome (32) furent portées en faveur des débiteurs.

Au point de vue du formalisme de l'acte obligatoire, l'engagement dans la forme *esse* est remplacé par l'engagement dans la forme *promissoire* ou *stipulatoire*.

(32) Loi des XII Tables, 304. — Loi Silia, 345 (?). — Loi Pœtilia, 428-441. — Loi Vallia, vers 500, qui permit à tout débiteur de résister à la *M. I.* sans fournir de *vindex*.

Le nouveau formalisme, c'est celui d'un acte religieux appelé *sponsio* qui passe du domaine du droit religieux dans celui du droit civil. La loi Silia sanctionnera désormais la promesse faite en cette forme. Une nouvelle caution est apparue dans le droit civil, c'est le *sponsor !*

Sponsor. — Le *sponsor* s'engagera dans la forme *spondesne spondeo* ; c'est la forme sécularisée de la *sponsio* religieuse. Ce formalisme est *verbal.*

Des paroles sacramentelles sont échangées entre le créancier et la caution. Le premier interroge, le second répond. Et, comme dans le droit primitif, les actes n'ont d'effet qu'entre les personnes mêmes qui y ont pris part, la présence des parties est nécessaire à l'acte.

Est-ce là tout le formalisme de la *sponsio ?* Nous ne le croyons point. A l'échange des paroles solennelles s'ajoutait probablement à l'origine un élément *réel* qui était à la fois un symbole du lien qui unissait désormais les parties l'une à l'autre et un souvenir de cette idée chère aux primitifs qu'il n'y a d'obligatoires que les promesses qui sont accompagnées d'une tradition, que celles qui résultent d'un contrat *réel* (33). Cet élément *réel* de la *sponsio*, ce fut la persistance de cette libation de vin pur

(33) Sur cette idée que les contrats *réels* sont les premiers en date, voir Tarde, *Transformations du droit.* — Dareste, *Etudes,* p. 140.

σπονδαι ἄκρητοι qui se faisait sur l'autel d'Hercule, *ad aram maximam Herculis*, au temps de la promesse religieuse, libation qui semble avoir été l'accompagnement nécessaire des actes obligatoires chez les peuples de race indo-européenne (34). La présence d'un élément *réel* dans la *sponsio* semble aussi résulter de la définition qu'Isidore de Séville donne de la stipulation, dont la *sponsio* fut la première manière. On se souvient qu'Isidore, voulant trouver l'étymologie du mot *stipulatio* (35), nous apprend qu'il était d'usage chez les anciens de rompre une paille *(stipula)* en signe de promesse. Libation ou remise d'un fêtu, c'est là un élément *réel* qui en s'ajoutant à l'élément *verbal* nous permettra de faire un rapprochement entre le formalisme du cautionnement romain et celui du cautionnement germanique qui est tout imprégné de *réalisme*.

Le vas, le præs, le vindex après la loi Silia.— La loi Silia n'eut pas seulement pour effet de faire apparaître une nouvelle forme de cautionnement. Elle modifia le formalisme des procédés antérieurs de cautionnement. Jusqu'à la loi Silia le *vas* s'engagea dans la forme *an vas es ! vas sum*, qui rend bien compte de sa condition vis-à-vis du créancier.

Avec la loi Silia le *vas* s'obligera désormais dans une forme voisine de la *sponsio*, la forme *promittisne*

(34) Cuq. Inst. j., p. 394.

(35) M. Bréal a fait observer que le sagmen ou fêtu joue un rôle dans une stipulation décrite par T. Liv. I. 24.

promitto. Cette seconde manière du *vadimonium* se rapproche un peu de celle à laquelle songe M. Schulin (36) lorsqu'il dit « qu'on ne peut douter que dans l'antiquité les *vadimonia* avaient lieu soit dans la forme de la *sponsio* soit dans celle de la *fidepromissio* ». Mais il y a une exagération dans l'affirmation de cet auteur. S'il est vrai que le *vadimonium* se faisait comme la *sponsio* ou la *fidepromissio*, ces deux procédés de cautionnement l'auraient absorbé et il n'aurait jamais plus été question du *vadimonium*. Or les textes continuent à en faire mention bien longtemps après la loi Silia. D'ailleurs la persistance du *vadimonium* n'avait-elle pas son utilité, tant que la *fidejussio* n'était pas connue (elle le fut vers le temps de Sylla), c'est-à-dire tant qu'on ne pouvait cautionner que des promesses nées *verbis : nam illi* (sponsores et fidepromissores) *quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum* (37).

Dans sa monographie consacrée au *vadimonium*, M. Voigt décide que le *vas* a toujours contracté dans la forme *promitto* (38). Nous avons déjà dit, en invoquant principalement la condition du *vas* primitif, que cette forme ne nous paraît pas antérieure à la loi Silia. Pour prouver l'emploi

(36) Schulin. *Lehrbuch, die Bürgschaft*.

(37) Voigt, *Ueber das vad.*, p. 313, insiste sur cette utilité du *vadimonium* à coté de la *sponsio* et de la *fidepromissio* jusqu'à l'introduction de la *fidejussio*, au temps de Sylla, entre 537 et 672.

(38) Voigt. *Ueber das vad.*, p. 313 : *Die contractsform. des vad.*

de *promitto*, on a fait remarquer, avec raison, que l'acte du *vas* « est très souvent et d'une façon typique » désigné dans les textes par *promittere* (39). Partant de là, M. Voigt a reconstruit : 1° la formule par laquelle le *vas* cautionnait la promesse de garantie dans la *satisdatio secundum mancipium* : *Illum fundum, qua de re agitur, tibi habere recte licere, hæc sic recte fieri.et, si ita factum non erit, tum* X *æris tibi dare promitto* (40). 2° celle qui intervenait lorsque le *vas* promettait la comparution d'une personne en justice : *P. Quinctium idibus septembribus in jure coram Burrieno prætore sisti et, si ita factum non erit, tum* X *æris tibi dare promitto* (41).

On a déjà remarqué sans doute que la formule préconisée par cet auteur est de forme *nuncupative*. Une déclaration solennelle du *vas* aurait donc suffi à l'obliger. Ceci est exact. Il est en effet de principe que dans les contrats unilatéraux du droit primitif, l'engagement seul revêt la forme solennelle, et que l'acceptation de la promesse a lieu sans forme. Il en est ainsi dans la *stipulatio*, la *dotis dictio*, le *jusjurandum liberti*.

Mais ce qui est erroné, c'est de négliger l'interrogation du créancier qui provoquait l'engagement

(39) Decret. *Trib. pleb. de* 293 dans *Lic.* III, 13, 6 — Plaut. *Rud.* III, 4, 72. — Varr. *L. l.* VI, 8, 74, *vas appellatus qui pro alio vadimonium promittebat.*

(40) Voigt. *Ueber das vad.*, p. 315.

(41) Id. id.

du débiteur, interrogation qui se faisait par des *concepta verba* et que l'on rencontrait dans tous les contrats unilatéraux. Pourquoi les Romains, qui ont toujours marqué de la prédilection (42) pour la forme interrogative, l'auraient-ils négligée dans le *vadimonium* ? Nous n'en voyons pas de motifs. D'ailleurs la forme interrogative n'était-elle pas plus nécessaire en matière de cautionnement qu'en toute autre? Ne contribuait-elle pas à provoquer la réflexion chez la future caution, ne réveillait-elle pas en elle la conscience juridique ? Nous concluons donc que le *vadimonium* postérieur à la loi Silia se présente dans la forme *promittisne promitto*, forme interrogative comme celle de la *prædis datio*, comme celle de la *sponsio*.

La condition du *præs*, très rigoureuse à l'origine, est toujours allée s'améliorant. Il se peut que cette transformation dans la condition ait été accompagnée d'un changement dans la manière de s'obliger et que la *prædis datio* ait subi, comme la *vadis datio*, la réaction de la loi Silia.

Même observation à l'égard du *vindex*. On peut conjecturer que, les rapports du *manum injiciens* et du *vindex* ayant perdu leur antique brutalité, ce changement eut sa répercussion sur la forme de l'engagement du *vindex*. Il n'est pas téméraire de penser que le *vindex*, n'intervenant plus sponta-

(42) Ihering. *Esp. du droit romain*. III, p. 268 et 5.

nément (43), étant présenté par le *prensus* (*vindicis* DATIO), prenait la place du *prensus* dans la procédure, non plus en vertu d'un acte d'*engagement* de son corps, mais d'un acte *promissoire*.

Avant comme après la loi Silia, le cautionnement ancien fut donc formaliste. Il n'y a de différence que dans la manière d'être de ce formalisme. Le formalisme du cautionnement se maintiendra jusqu'à Justinien : en effet la *fidejussio* qui est fréquente sous cet empereur se fait dans la forme *stipulatoire*. Il y aura toutefois une double tentative d'affranchissement de la forme. Dans le droit prétorien, avec le *pacte de constitut*, dans le droit civil avec le *mandatum pecuniæ credendæ*. A quelle époque ces deux cautionnements *consensuels* furent-ils usités ? Probablement vers la fin de la République ou le commencement de l'Empire. Il n'y a donc eu à Rome qu'une tentative de cautionnement valant *nudo consensu*.

(43) V. supra la note 16, à propos de l'opinion de M. Maria.

CHAPITRE II

FORMALISME DE L'ACTE GÉNÉRATEUR DU CAUTIONNEMENT GERMANIQUE ET DE LA PLÉGERIE DE NOTRE ANCIEN DROIT COUTUMIER.

Dans les *leges* germaniques et notre très ancien droit coutumier, le cautionnement sera formaliste comme à Rome. Il ne dépouillera ce costume archaïque qu'au XIII[e] siècle, lorsque le principe que le simple consentement oblige sera admis. Nous verrons que ce formalisme n'est pas très éloigné du formalisme romain et qu'un rapprochement peut être fait entre la façon dont s'obligeaient les cautions germaniques et celle par laquelle s'engageaient les *sponsores*.

§ I

Cautionnement germanique

Le cautionnement étant une promesse unilatérale devait revêtir la forme qui en droit germanique conférait une valeur juridique à ces sortes de promesses. Dans les *leges* cette promesse porte le nom de *fides facta* ou encore *d'adhramitio* (44). Tantôt elle

(44) Nous considérons *fidem facere et adrhamire* comme synonymes. Tous deux signifient *promettre ;* mais l'un est le mot latin, l'autre le mot tudesque. En ce sens : PARDESSUS, *Loi salique, p. 615* et s. — M. ESMEIN, *sa 2[e] étude, p. 75.* Dans les textes germa-

se fait à l'aide de la *festuca*, tantôt par le *wadium*. La *festuca*, baguette ou fêtu, le *wadium*, objet mobilier quelconque, souvent un bâton, *baculus vadimonii*, étaient les symboles qui accompagnaient l'expression de la volonté du débiteur. Le débiteur tenait ou jetait la *festuca*, remettait le *wadium* (45). La *fides facta cum festuca* était surtout usitee dans le droit frank, la *fides facta cum wadio* ou *wadiatio* se recontrait surtout dans le droit lombard.

Sur le formalisme de la *fides facta* plusieurs points sont controversés qu'il convient d'examiner, avant d'aborder la *fides facta* des cautions.

A. *La fides facta était une promesse formaliste.* — L'opinion commune sur les contrats germaniques est qu'ils sont formalistes, cependant on a nié ce caractère à la promesse unilatérale. Pour cela, on s'est appuyé sur les textes nombreux qui, parlant de la *fides facta*, passent sous silence la *festuca* ou le *wadium*. Ces symboles sont principalement omis dans les actes du droit privé ; ils sont au contraire géné-

niques on rencontre souvent les expressions suivantes : *adhramire testimonia* (promesse de preuve) *per festucam achramire*, *adhramire aliquen* qui correspond à *vadari alterum* et signifie promettre la comparution d'une personne en justice, *se ipsum achramire*, promettre sa comparution. En présence de ces textes, nous croyons devoir préférer l'opinion traditionnelle à celle de M. Thévenin pour qui *adhramire* signifie « *attirer à soi* », « invoquer comme moyen de preuve » (Thévenin. *Contribution à l'Histoire du dr. germanique. N. R. H.*, 1879, p. 331 *et s.)*

(45) Le mot *wadium* éveille l'idée de *gage* comme le mot latin *vas*. *Wadium* ou encore *wadia, guadium,* allemand *wette,* anglais *wed* signifie « *ce qui lie* ». Grimm, *Gesch. der deutsch. Sprache* II, 26.

ralement mentionnés dans la *fides facta* de procédure. Nous ne pensons pas qu'on doive tirer une conclusion du silence des textes relativement à la *festuca* ou au *wadium*. *Fidem facere* ou *adrhamire* tout court est une abréviation pour *fidem facere cum F. ou cum W.* Pardessus ne doute point qu'*adrhamire* soit pour *adrhamire per festucam*. D'ailleurs si la *festuca* intervenait toujours dans les actes de procédure qui se déroulaient devant le *comte* ou le *thunginus*, c'est-à-dire dans des circonstances solennelles, à plus forte raison devait-elle se retrouver lorsque les parties traitaient loin du tribunal, c'est-à-dire dans des circonstances ordinaires. Puis, comme on l'a fait remarquer, il est des textes qui établissent une relation tellement étroite entre la *fides facta* et la *festuca* qu'il semble impossible de les séparer. Dans les contrats unilatéraux du droit germanique, comme dans les contrats synallagmatiques (46), le simple consentement était impuissant à faire naître l'obligation.

B. *L'élément formel dans la fides facta est soit la festuca soit le wadium.* — Autre point : La *fides facta* peut-elle employer indifféremment comme symbole la *F.* ou le *W.* ? Parmi les auteurs qui considèrent la

(46) En droit germanique les contrats synallagmatiques ne devenaient obligatoires que si l'une des parties exécutait sa prestation. Ils valaient donc *re*. Ainsi l'acheteur ne pouvait réclamer la chose que s'il payait le prix. La créance naissait *ex re præstita*.

fides facta comme un contrat formaliste, on ne s'entend pas toujours sur la nature de ce formalisme. On enseigne généralement que la *fides facta* était accompagnée tantôt de la *F.*, tantôt du W. Cependant il a été soutenu qu'en principe la *fides facta* se faisait *per wadium*, et qu'elle n'employait la *festuca* que dans certaines promesses, celles qui avaient lieu publiquement. Ainsi la *festuca* aurait un domaine restreint; elle ne pourrait intervenir dans le cautionnement qui est un acte de droit privé. Le cautionnement se serait donc fait invariablement *per wadium* (47). Pour limiter ainsi le champ d'application de la *festuca*, on invoque des textes où la *fides facta* est toujours accompagnée de la *festuca*, et où il s'agit de promesses judiciaires (48).

Cette opinion est restée isolée (49) et l'on pense généralement que le domaine de la *festuca* est aussi vaste que celui du *wadium*, qu'elle peut confirmer les promesses de droit privé aussi bien que celle de procédure. M. Esmein, invoquant le témoignage de

(47) M. Thévenin s'exprime ainsi : « La *fides facta* n'intervenait jamais dans le cas où l'individu n'avait pas à manifester *publiquement* sa volonté..... La *festuca* n'intervenait qu'à l'occasion d'un procès et encore qu'à l'occasion d'un acte de juridiction gracieuse. »

(48) Lex Ribuaria (XXX, et 31) : *Eum secundum legem ripuariam super 14 noctes ad ignem represento. Et sic de ejus præsentia cum festuca fidem facit.*

(49) M. Thévenin soutient que la *fides facta* du droit privé se fait toujours *cum wadio*, voulant établir que les contrats germaniques ,même les contrats unilatéraux valent *re*.

M. Brunner (50), estime que la loi des Ripuaires ne semble restreindre en aucune manière le rôle obligatoire de la *festuca*. La *festuca* et le *wadium* auraient donc également joué le rôle d'instruments promissoires dans la *fides facta*, donc dans le cautionnement qui se fait dans la forme de la *fides facta*.

Ayant ainsi démontré d'une part le caractère formaliste de la *fides facta*, d'autre part qu'il convient d'admettre l'opinion traditionnelle, suivant laquelle, la *fides facta* peut se faire *festuca* ou *wadio*, indifféremment, examinons son rôle dans la fidejussion germanique.

c. *La fides facta et la fidejussio germanique.* — Ce sont les textes du droit lombard qui nous renseignent le mieux sur ce point. Il nous rapportent comment se faisait l'opération du cautionnement *per wadium*. Lorsqu'une personne contractait envers une autre une obligation pour laquelle elle promettait de fournir un garant, elle remettait entre les mains du créancier, un gage, un *wadium*, souvent un bâton. Cette remise de la *wadia* opérée, le débiteur se mettait en quête de fidéjusseurs. Quand le fidéjusseur avait été trouvé, il venait vers le créancier qui lui remettait la *wadia* qu'il avait reçue du débiteur principal. Cette réception de l'objet par le fidéjusseur accompagnait sans doute la promesse de

(50) Brunner. *Zur Rechtsges. der rœm und germ. Urkunde*, p. 15 et 16. — Esmein. *2e étude*, p. 73.

garantie, et c'est cette promesse formaliste qui décrivent les textes lombards, lorsqu'on y lit : « *wadium dare et eam recipere per fidejussorem* (51) ».

La *wadia* entre les mains du créancier garantissait que le débiteur exécuterait son obligation de fournir un fidéjusseur. Entre les mains du fidéjusseur, elle prouvait qu'il n'avait pas été désintéressé par le débiteur auquel la loi imposait de retirer la *wadia* dans un certain délai, sous peine d'une amende (52).

Dans le droit frank, c'est aussi par la promesse formaliste que se contractait le cautionnement. Mais les textes ne donnent pas les détails de l'opération avec la même précision que ceux du droit lombard. Dans certains, le fidéjusseur présenté par le débiteur principal s'engage comme celui-ci dans la forme de la *fides facta*, mais il n'y est pas fait mention de la *festuca* ou du *wadium* (53) que nous considérons comme sous-entendus. Dans d'autres au contraire on voit la caution s'obliger *per wadium*, suivant l'opération usitée dans le droit lombard. C'est ainsi que dans un plaid de Clovis III de l'an 692, la caution doit pour éviter une condamnation prêter serment

(51) Liutp 38 : Si quis alii wadiam dederit et voluerit eam per fidejussores suos recipere et duxerit ad eum qui wadiam recepit fidejussores.

(52) Roth. 360, infra, II[e] partie, ch. 3, à propos du recours de la caution qui a payé contre le débiteur principal.

(53) Voir un texte cité Esmein, *2[e] étude*, p. 81, et emprunté à D. Vaissette, *Hist. du Languedoc*.

qu'elle n'a pas garanti, c'est-à-dire qu'elle n'a point reçu le *wadium: quod ipso wadio de mano... nunquam achramisset* (54). *Propter alium hominem wadium adhramine* se rencontre également dans le titre XVI de la loi des Francs Chamaves.

Résumé sur le formalisme du cautionnement germanique. — Il résulte bien de ces différents exemples que le cautionnement germanique était formaliste. Comme la *sponsio*, il se fait à l'aide d'une promesse unilatérale solennisée. Mais à Rome, l'élément *réel:* libations de vin sur un autel, ou remise d'une paille *(stipula)* qui se joignait à la déclaration de volonté pour la fortifier *(firmare, stipulare)* disparut de bonne heure ; tandis que dans la promesse unilatérale germanique, *adrhamitio* (55), l'élément réel *wadia* ou *festuca* qui donne une valeur juridique aux obligations persistera jusque dans notre très ancien droit coutumier.

(54) Pardessus. *Diplomata*, n° 424.

(55) *L'adrhamitio* et la *stipulatio* ont eu une mission identique : *confirmer* les promesses unilatérales, leur assurer la sanction de la loi. — Paul. V. 7. 1. dit de la *stipulatio* « *per eas firmitas obligationem constringitur, stipulum enim veteres firmum appellaverunt.* D'autre part, dans son ouvrage sur la loi salique, Pardessus rappelle que selon Grimm *(Deutsche Rechtsalterthümer,* p. 124 et 844) *adrhamire* a pour racine *chram, hram,* qui signifie fort, ferme, solide.

§ 2

Plégerie de notre ancien droit coutumier

La *fides facta* germanique se retrouve dans la *Fiance* du Moyen-Age. Le contrat formaliste est alors désigné par *faire foi*, *faire fiance*. *Faire foi* est la traduction *de fidem facere*. On emploie aussi l'expression *plévir* sa foi, qu'on peut lire dans la chanson de Roland (56). C'est de *plévir* que vient le nom nouveau des cautions : *plèges*.

Toutefois l'élément formel va changer. C'est un geste de la main qui remplacera le *wadium* et la *festuca* du droit germanique. La *fides facta* devient la *fides corporalis* ou *manualis*. Ainsi solennisée, la *fiance* servait à nouer le *contrat féodal*, les *fiançailles* (57). C'est par elle que s'obligeaient les cautions. Dès l'époque franque, des textes montrent les fidéjusseurs s'obligeant envers le créancier en mettant leur main dans celle de ce dernier(58).

Mais plus nous approchons du XIII[e] siècle, plus se fait rare ce formalisme manuel. C'est que le temps est proche où sera formulé le principe nouveau : « *Toute convenance loi vainc.* » Ainsi le livre de

(56) Ed. Petit de Julleville. Vers 403, siq. et v. 507.

(57) Description du contrat d'inféodation dans *les Assises de Jerusalem. Haute Cour*, c. 115, I, 313 (éd. Beugnot).

(58) Du Cange. *Vis plegius, plegire, plevire, plevissare.*

Jostice et de Plet (59) décrivant comment s'oblige le plège passe sous silence les symboles *manuels*. Dans le *Grand Coutumier de Normandie* (60) la plévine semble consister en une simple déclaration. Et Beaumanoir (61) renvoie, quant aux formes du cautionnement « *aus us et coutumes du pays.* »

Avec le XIII[e] siècle, le cautionnement apparaît donc dégagé de tout son appareil formaliste. Il a enfin la physionomie que nous lui connaissons aujourd'hui dans tout le droit moderne : c'est un contrat purement consensuel.

L'étude du cautionnement romain et du cautionnement germanique nous a conduit à cette conclusion que l'acte générateur du cautionnement est primitivement formaliste. L'acte est formel, formel signifiant que la volonté ne sera sanctionnée que si elle est exprimée dans une forme déterminée que la loi ou la coutume impose aux parties.

(59) Jostice et Plet. « *Plèvine n'est quant aucun dit tex paroles :* « *Je dois à P 20 livres à paier à tel jor, si vos prie G que vos me replevissiez* » — *P dit :* « *G plevissez moi cet homme de 20 livres qu'il me doit ? — Et G dit :* « *Oïl, si mi met.* » « *Et je vos i met.* » — « *Et ge i antre* » — « *Et je recoit.* »

(60) Ch. CX. Des pleges (éd. Gruchy) « *Simple plevine est faite en ceste forme :* « *Je plevis Jean qu'il rendra à Michel 20 sols à Noël.* »

(61) XLIII, 7. Pierres proposa contre Jehan qu'il était ses plèges de 100 livres « aux us et coutumes du païs. »

DEUXIÈME PARTIE

LES EFFETS DU CAUTIONNEMENT PRIMITIF

SOMMAIRE. — Chapitre Ier. — *Nature de l'obligation de la caution primitive.* C'est une obligation principale. — Raisons du caractère principal de l'obligation de la caution primitive. — Ce caractère principal se manifeste de deux façons : § 1er. Ou la caution est le seul *obligé.* § 2. Ou son intervention a pour résultat de libérer le tiers garanti. § 3. Disparition de l'indépendance de l'obligation de la caution avec la naissance de la notion d'*adpromissio.*

Chapitre II. — *Rapports du créancier et de la caution.* § 1er. Le droit du créancier vis à vis de la caution. Les cinq caractères de ce droit; c'est : 1° un droit *principal;* 2° un droit *personnel;* 3° lorsqu'il est lésé il donne lieu à une *peine;* 4° il est *viager;* 5° il est *indivisible.* § 2. Réalisation de ce droit, soit à Rome, soit chez nous. Primitivement, la procédure employée contre la caution est une procédure *rigoureuse* et de *justice privée.*

Chapitre III. — *Rapports de la caution et du débiteur principal.* La caution primitive qui a payé le créancier a un recours contre le débiteur principal. Dans le droit primitif, ce recours a un caractère *pénal.*

CHAPITRE PREMIER

NATURE DE L'OBLIGATION DE LA CAUTION PRIMITIVE

De l'acte dont nous venons de voir le formalisme constant naît une obligation. Cette obligation de la caution primitive est une obligation principale. Indépendante du *devoir*, dont elle garantit l'exécution, elle jouit d'une complète autonomie. Il n'y a entre ces deux promesses juxtaposées aucun rapport de hiérarchie.

Le caractère principal de l'obligation de la caution ne disparaîtra que lentement. Une première fois le rôle de la caution sera diminué par l'apparition de la notion d'*adpromissio*, son obligation deviendra *accessoire*, une seconde fois par l'introduction du *bénéfice de discussion* qui fera de la caution un obligé *subsidiaire*. D'obligé principal, la caution tend à devenir un obligé accessoire, subsidiaire. D'abord au premier plan, elle a passé ensuite au deuxième.

L'indépendance de l'obligation de la caution se manifeste timidement par ce fait que quelquefois l'objet de son obligation est différent de celui de l'obligation du débiteur principal, ou plus étendu. Mais où cette indépendance éclate, c'est lorsque nous voyons, et cela est très fréquent, des cautions du droit primitif être les seuls, les véritables obligés — ou bien lorsque nous constatons que leur interven-

tion a pour résultat d'éteindre l'obligation du débiteur principal.

Pourquoi ce caractère principal de l'obligation de la caution ? La raison s'en trouve dans le but même poursuivi par le cautionnement. Cette convention ayant pour fin de donner au créancier une sûreté personnelle, c'est-à-dire de consolider son droit précaire à une prestation, à un simple *devoir*, le créancier veut un droit de créance qui sera reconnu par la loi, sera muni d'une sanction. Le créancier primitif, ordinairement un prêteur, n'exige de l'emprunteur, souvent insolvable, qu'une promesse, *non sanctionnée*, qu'un simple *devoir*. A quoi en effet lui aurait servi une obligation en bonne et due forme, consentie par un homme qui n'avait pas de biens au soleil (1) ? Il n'exigeait la promesse solennisée, reconnue par la loi comme obligatoire, que de la caution, que de celui qui était *adsiduus, locuples*. Celui-ci pouvait, à raison de sa fortune, conférer autre chose qu'un droit idéal. Voici pourquoi la caution, quoique ne profitant pas de la somme prêtée, était le principal, le seul obligé.

(1) M. Esmein voulant *(2e étude, p. 87)* expliquer pourquoi dans le droit germanique le créancier s'adressait toujours à la caution, s'exprime ainsi : « Le créancier n'est tenu d'accepter comme caution que celui qui est incontestablement solvable et qui a des biens au soleil (Liutpr. *38-128, lex Burg 83, c. 1.*) » Dès lors, du moment que la loi le laisse libre de s'attaquer à son choix, soit au débiteur principal, soit au fidéjusseur, n'est-il pas naturel que cette façon d'agir soit devenue une pratique générale.

§ I

La caution est l'unique débiteur

Il arrive souvent que la caution primitive est le seul obligé. Le tiers garanti n'est pas *obligé*. Seule, la caution est tenue, *obligée*. Historiquement, la caution est le premier débiteur, c'est-à-dire que c'est son obligation qui a été le premier *devoir*, sanctionné par l'Etat.

Les exemples d'une telle caution abondent dans le droit grec, le droit romain, le droit germanique.

Le droit grec connaît les cautions uniques débiteurs. Dans la vente grecque, l'obligation de garantie n'incombe pas ordinairement au vendeur, mais à des tiers, à des cautions qui interviennent à l'acte. Dans tous les actes de vente récemment découverts « la garantie est fournie non par le vendeur, mais par un tiers qui intervient sous le nom de *provendeur*, de *confirmateur de la vente*, προπωλητὴς καὶ βεβαιωτής. » Cette particularité nous semble étrange au premier abord, à raison de l'idée que nous nous faisons de la garantie qui, chez nous, tient sinon à l'essence du moins à la nature de la vente. Il n'en était pas ainsi dans le droit primitif : la garantie n'existait qu'en vertu d'une convention expresse. Cette promesse pouvait émaner soit du vendeur qui était alors son propre garant, sa propre caution, soit plus souvent de parents qui, étant tous tenus

solidairement, fortifiaient davantage le droit de l'acheteur (2).

A Rome, les cautions intervenaient aussi sans qu'il y eût d'obligé principal. Au cas de *prædis datio*, le *manceps*, c'est-à-dire le tiers qui avait traité avec la République, et le *præs* n'étaient pas dans la situation respective d'un débiteur principal et d'un fidéjusseur. Le *manceps* n'était pas obligé envers la République, seul le *præs* était lié. Si le *manceps* violait sa promesse, seuls les *prædes* étaient exécutés (3).

(2) Dareste. *Etudes*, p. 13, et du même auteur : *La transcription des ventes en droit hellènique, N. R. H.*, 1884, p. 377. Dans les quarante-sept actes de vente de Ténos, on voit figurer des garants dans presque toutes les ventes. Généralement au nombre de deux, on en voit jusqu'à onze dans la vente n° 23 rapportée par Dareste dans l'article indiqué. Ces garants s'obligent en général solidairement. La formule de leur engagement est καὶ μέσῳ πάντες, καὶ χωρὶς ἕκαστὸς πάντος τοῦ ἀργυρίου, c'est-à-dire : tous ensemble et chacun à part pour le tout. Cependant quelquefois la responsabilité se divise entre les garants. Ils sont ordinairement les parents du vendeur. Celui-ci n'est pas garant de droit, mais il peut le devenir par une clause expresse de l'acte.

(3) Mommsen. *Stadrecht. v. Salp. und Malaca*, p. 471. Que l'obligation du *præs* soit une obligation principale, cela résulte de ce qu'il s'engageait dans la forme *præs sum*, c'est-à-dire qu'il ne promettait pas *idem* comme un *adpromissor*. De plus, le *manceps* n'était pas tenu, puisqu'il n'est jamais question que de l'exécution des *prædes (Loi de Malaca LXIV)*. Et puis, comment admettre que le *manceps* fût tenu, en présence de la *Lex Putcolana parieti faciundo*, dans laquelle on lit *in fine*, que le *manceps* s'engage comme *præs ?* Si le *manceps* pouvait être son propre *præs*, son garant, c'est qu'il n'était point tenu en qualité de *manceps*. — On peut invoquer à l'encontre du système qui ne voit pas dans le *manceps* un débiteur pricipal, le texte de la loi agraire de 643 qui exige que le *manceps* et le *præs* soient tous deux solvables : *soluti : neive magis manceps, prævides soluti sunto*. Mais on peut répon-

Les premiers *sponsores* eux-mêmes furent des obligés principaux, tenus en l'absence de tout autre débiteur. Nous croyons en effet que la promesse unilatérale sanctionnée par la loi Silia servait d'abord à garantir des *devoirs* non reconnus par la loi, *devoirs* qui étaient quelquefois ceux du *sponsor* lui-même bien plus souvent ceux d'un tiers. Que telle ait été la fonction première de la *sponsio*, il est difficile d'en douter en présence de ce fait que le mot *sponsor* a toujours été réservé dans la suite pour désigner celui qui s'oblige comme caution et non pas celui qui promet, *spondet*, pour lui-même. Si le mot *sponsor* continue à être appliqué aux cautions, c'est que les premiers *sponsores* furent des cautions.

Si l'on en croit certains textes, souvent le fidéjusseur germanique était lui aussi seul obligé, le débiteur principal ne s'engageait pas.

On (4) a fait remarquer qu'en général la *fides facta* du fidéjusseur n'était pas accompagnée d'une promesse également formelle du débiteur principal. Il

dre que cette exigence s'explique parce que d'ordinaire le *manceps* s'engageait comme *præs*, ainsi que cela se passe dans le cahier des charges de Pouzzoles *(Lex parieti faciundo)*. — Contra. Zimmermann *(De notione et historia cautionis prædibus prædiisque, Berlin*, 1857) et Rivier *(Untersuchungen über die cautio prædibus prædiisque*, 1863) ; ces auteurs pensent que le *manceps* et le *præs* étaient l'un vis-à-vis de l'autre dans la même situation qu'un débiteur principal et un fidéjusseur.

(4) *Bibliothèque de l'Ecole des Hautes Etudes*, 13e fascicule : *La Procédure de la Lex Salica* par R. Sohm, traduite et annotée par M. Thévenin, p. 145, appendice n° 1.

en est ainsi dans le Chapitre VI (5) de l'édit de Chilpéric, où l'on voit celui qui ne peut trouver de fidéjusseurs pour garantir sa promesse de preuve, forcé de s'obliger lui-même dans la forme de la *fides facta*. Dans la loi des Francs Chamaves, chapitre XVI (6), il semble que le débiteur ne s'engage pas lui-même, mais prie le fidéjusseur de s'obliger à sa place. Un texte plus précis est un Capitulaire de Charles-le-Gros, de l'an 816 (7), où l'on voit par exception et pour donner une *sûreté spéciale* au créancier, le débiteur et le fidéjusseur s'obliger tous deux dans la forme de la *fides facta*.

En résumé, les législations primitives nous donnent de nombreux exemples de cautions, uniques débiteurs (8). Toutefois nous n'entendons point dire

(5) *Similiter convenit, ut quicumque ad mallum fuerit et in veritatem testimonia non habuerit unde se æducat et necesse est ut mitium fidem faciant, et non habuerit simili modo qui pro eam fidem faciat : et ipse in senextra manu fistucam teneat et eum dextera manu auferat.*

(6) A propos du débiteur, la loi s'exprime ainsi : *qui precatur adrhamire.*

(7) *Capit. de 817.* Ch. 16 (Pertz, I, 211). Il y est question d'une tradition et il est dit que le *tradens* doit fournir des fidéjusseurs à *l'accipiens . fidejussores vestituræ donet, ei qui illam traditionem accipit vestituram faciat.* Mais ici, pour donner une sûreté particulière à *l'accipiens*, le *tradens* va aussi s'engager : *in super et ipse per se fidejussionem faciat ejusdem vestituræ.* — D'ordinaire le *tradens* dans les chartes de tradition n'est pas tenu de *fidem facere ;* il n'a qu'à fournir des fidéjusseurs.

(8) Le cautionnement donne également lieu à des obligations principales uniques chez les Perses (Dareste, p. 116), chez les Ossètes du Caucase (p. 152, 156). Chez ces derniers, le moyen de rendre un jugement obligatoire consiste à faire intervenir des cautions, dont l'honneur était engagé à faire exécuter le jugement, la partie condamnée restant toujours libre de ne pas se soumettre.

que primitivement l'obligation de la caution se présente toujours sous l'aspect d'une obligation unique — isolée. Primitivement aussi l'obligation de la caution renforce une autre *obligation* ; mais alors, malgré son caractère d'obligation adjointe, l'obligation de la caution est moins une obligation accessoire qu'une obligation principale. On est plutôt en présence de deux codébiteurs solidaires que d'un débiteur principal et d'une caution. En effet, bien que la caution s'adjoigne à un débiteur, elle peut être poursuivie avant ce débiteur. Tous deux sont sur le même plan au point de vue des poursuites. — D'autre part, il est possible que le caractère principal de cette obligation adjointe se soit encore manifesté ainsi : l'objet de l'obligation de la caution pouvait être différent, porter sur une prestation plus lourde ou moins lourde que celle du débiteur principal. — Ce que nous avons voulu préciser c'est qu'on peut encore parler du caractère principal de l'obligation de la caution, alors même que cette caution n'est pas l'unique débiteur. L'obligation de la caution peut encore être dite principale parce qu'elle n'est point *modelée* sur celle du débiteur garanti.

§ 2

La caution libère le débiteur principal

Quelquefois l'indépendance de l'obligation des cautions se révélait primitivement d'une autre façon : la caution était encore unique débiteur, mais elle le devenait parce que son intervention avait pour effet d'amener la libération du débiteur principal.

Le *vindex* jouait ce rôle de caution libératoire, de même quelquefois le fidéjusseur germanique.

Le *vindex* qui vient mettre obstacle à la *manus injectio* libère, avons-nous dit, le débiteur principal. Désormais, la *legis actio* se poursuivra avec lui, et si une condamnation est prononcée, ce sera contre lui. Il n'est pas un représentant du débiteur dans lequel son intervention aurait ses effets, mais il fait sienne la cause de celui-ci, PRO SE *causam agit.* C'est une caution libératoire. Rien d'étonnant à cela. Qu'est-ce en effet que ce *vindex*, si ce n'est le descendant de cet Arya dont nous parle Ihering (9), qui vient détacher son parent, son ami du poteau, où l'on lie les débiteurs insolvables, où ils sont exposés aux flagel-

(9) IHERING. *Les Indo-Européens avant l'Histoire.* — A propos du poteau où les Aryas liaient les débiteurs, IHERING fait remarquer que l'idée de lien se retrouve dans les mots des différentes langues indo-européennes qui signifient : obligation. — Le *vindex* arya a passé du peuple père chez les peuples fils. On le retrouve non seulement chez les Romains, mais chez les Grecs (SCHULIN. *Lehrbuch die Bürgschaft).*

lations des créanciers, jusqu'à ce que la mort s'ensuive ? Ce libérateur, ce *vindex* arya, sera lié à son tour au poteau, s'il ne donne pas satisfaction au droit du créancier. De même le *vindex* romain sera condamné à la place du débiteur. La libération du débiteur principal apparaît assez nettement pour le *vadimonium* du très ancien droit romain, dans la définition qu'en donne Varron, L. l., VI, 8, 74 : *Vas appellatur qui pro alio vadimonium promittebat ; consuetudo erat, quum reus parum esset idoneus inceptis rebus ut pro se alium daret. Pro se* signifie à sa place.

Le droit germanique n'ignore point l'effet libératoire de l'intervention de la caution. Un texte de la loi des Burgondes (10) présente un fidéjusseur qui joue le rôle *d'expromissor*. Le débiteur y est en effet désigné ainsi : *is qui sub fidejussore discesserit*. De plus, les textes sont nombreux où il est dit que la *wadia* est *liberata* lorsque le fidéjusseur la reçoit des mains du créancier. Il n'est pas excessif, quoi qu'on en ait dit (11), de conclure de ces textes que le fidéjusseur germanique libérait quelquefois le débiteur principal.

D'ailleurs, ce phénomène n'est pas propre au droit germanique : on le retrouve en effet dans notre très

(10) *Lex Burg.* XIX, 5.

(11) Esmein. *Deuxième étude sur les Contrats dans le très ancien droit français*, p. 87.

ancien droit français. Parfois, le plège libérait le débiteur principal (12).

Que la caution garantisse un simple devoir ou qu'elle joue le rôle d'un *expromissor*, elle est le seul obligé. Etant le seul obligé, il va de soi que son obligation était principale, indépendante.

§ 3

Apparition de la notion d'adpromissio : l'obligation de la caution va perdre son indépendance

Lorsque les lois Silia et Calpurnia reconnurent la force obligatoire de la promesse unilatérale faite en une certaine forme, nombre de promesses qui auparavant ne donnaient naissance qu'à de simples devoirs devinrent obligatoires. Il ne fut plus alors nécessaire d'avoir recours à des cautions pour donner une valeur juridique à ces devoirs. Désormais l'obligation de la caution sera une seconde obligation qui viendra renforcer la première, à laquelle elle sera subordonnée. Le *sponsor* et le *vas* deviendront des obligés accessoires, *adpromissores*. La caution promettra ce qu'un autre aura promis. Le caractère accessoire de l'*adpromissio* est bien rendu

(12) *Livre des droits et commandemens de justice*, § 552, éd. Beautemps-Beaupré, tome II, p. 97. « *Si aucun est obligié à autre et le créditeur prent autre en plège, l'obligation qu'il avait vers son débiteur sera estainte, se l'un et l'autre ne se establissoient ensemble chacun pour le tout principaux débiteurs.* »

dans la définition suivante de Festus : *Adpromissor, qui quod suo nomine promisit alter idem pro altero quoque promittit,* définition dont on peut rapprocher celle que Pothier donne du cautionnement : « *Le cautionnement est un contrat par lequel quelqu'un s'oblige pour le débiteur envers le créancier à lui payer en tout ou en partie ce que le débiteur lui doit, en accédant à son obligation* (13). »

Du nouveau caractère de l'obligation de la caution résulteront des conséquences importantes qu'il est utile de signaler, car elles mettront davantage en relief la nature de l'obligation de la caution primitive.

Etant accessoire, l'obligation de *l'adpromissor* suppose par définition l'existence d'une obligation principale, c'est-à-dire indépendante d'elle et dont elle-même dépend (14). Ainsi, lorsque l'obligation principale est inexistante ou nulle, l'obligation de la caution ne pourra naître (15). C'est ce qu'exprime l'article 2012, alinéa 1 du Code civil, d'après lequel le cautionnement ne peut exister que sur une obli-

(13) Pothier. *Des Obligations, n° 365.* — Dès le temps de Beaumanoir, le caractère accessoire de l'obligation de la caution apparaît. Ainsi dans le *Livre XLIII, ch. II,* il dit que si un homme qui devait une certaine quantité de grain à un autre a trouvé un plège, celui-ci sera quitte de son obligation « *si puis par convention le grain est mis à somme d'argent* ». De même, si étant plège de deniers, la dette était convertie en blé, vin ou autre chose. Il n'est pas douteux qu'ici Beaumanoir ait subi l'influence du Digeste.

(14) Accarias. *Précis de droit romain, 3e édition, II, p. 357.*

(15) L. 5, § 4, de donat. int. vir. XXIV. 1. — L. 29 et L. 70, § 4 et 5, de fidej. — L. 123, § 1 et L. 178, de reg. juris. L. 17.

gation valable. Au contraire, nous venons de voir que dans le droit primitif, il n'était pas nécessaire pour la validité de l'obligation de la caution qu'une obligation principale existât. Il convient de remarquer que, même après l'apparition de l'*adpromissio*, l'ancienne idée persista dans certaines hypothèses. Il résulte en effet des textes de l'époque classique que l'obligation, bien qu'elle ne fût pas sanctionnée par le droit civil, bien qu'elle fût seulement une obligation naturelle (16), pouvait être garantie par un *adpromissor*. C'est ainsi que Gaïus (III, 119) (17) nous apprend que les *adpromissores* peuvent accéder aux promesses d'une femme, d'un pupille qui auraient agi *sine tutoris auctoritate*, ou à celle d'une personne qui aurait promis pour après sa mort, malgré que ces personnes ne soient pas obligées ;— c'est là un souvenir du temps où le cautionnement était le procédé ordinaire employé pour procurer nne sanction aux obligations sans valeur juridique.

Une autre conséquence du caractère accessoire de la caution, consiste en ce qu'il faut que le fidéjusseur soit distinct du débiteur principal (18). Nous

(16) Accarias. *Loc. Cit.*

(17) Gaius. 3, 119. *Nam illi* (sponsores, fidepromissores, fidejussores) *quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, (quamvis interdum ipse qui promiserit, non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit.)*

(18) Accarias. *Précis*, II, p. 258. C'est ce qu'exprime la loi 21, § 2, de fidej. : *Non enim intelligi posse, ut quis po se fidejubendo obligetur.*

savons, au contraire, qu'il n'était pas rare que le *manceps*, débiteur envers la République, s'engageât lui-même comme *præs* et devint ainsi sa propre caution. Il n'est pas douteux que des débiteurs principaux se portaient de même *vades*, *sponsores* d'eux-mêmes au temps où leur obligation n'était pas reconnue par la loi.

La règle d'après laquelle l'*adpromissio* ne prend naissance qu'autant que son objet se confond avec celui de l'obligation principale, comme le manifestent si bien les formules : *Idem dari spondes ? Idem fidepromittis ? Idem fide tua esse jubes ?* est encore une conséquence du caractère accessoire du cautionnement et surtout peut-être du souci habituel chez les jurisconsultes romains de l'élégance juridique. Ne leur a-t-il pas paru inélégant, contraire à l'harmonie juridique que la promesse accessoire fût différente de l'obligation principale ? Ainsi, l'obligation principale étant une somme d'argent, le fidéjusseur qui promet du blé, ne s'oblige pas (19).

Les cautions primitives n'étaient pas tenues d'observer cette règle. Le *præs* ne pouvait d'ailleurs promettre *idem*, puisque nous savons que le *manceps* n'était pas obligé. Et puis c'était moins une somme d'argent que sa personne même qu'il promettait. Le *vas* qui engageait également sa personne par la for-

(19) Voir la note 12. Le droit français applique encore *très rigoureusement* cette règle. Guillouard. *Cautionnement*, p. 72.

mule *vas sum*, ne promettait pas davantage *idem*. Garantissant une « *conduite déterminée d'un tiers* », un *facere*, il s'engagera au paiement de la somme d'argent représentative du *facere*. Les textes abondent sur ce point (20).

La règle de l'*adpromissio* d'après laquelle l'obligation de l'*adpromissor* ne saurait avoir plus d'étendue que l'obligation principale (Gaïus, III, 126), ou comme parlent les textes du Digeste, ne peut être contractée *in duriorem causam*, règle qui a passé dans l'art. 2013 de notre Code civil, n'était pas davantage observée du droit primitif. Une telle limitation à l'obligation de la caution ne pouvait être admise à une époque où très souvent la caution était l'unique débiteur. Au contraire elle se comprend chez les raffinés de l'élégance juridique qu'étaient les prudents romains.

Enfin ce que nous avons dit de certaines cautions jouant le rôle d'*expromissores* ne cadre point avec la

(20) Voigt. *Ueber das vadimonium*, p. 306, examinant l'obligation entre le *vas* et le *vadem accipiens* dit que la garantie fournie par le *vas* consiste « *dans la promesse de la conduite d'un tiers et en cas d'une conduite différente dans le paiement d'une somme d'argent* ». Il établit que l'obligation du *vas* porte sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, à l'aide des textes suivants : Liv. III, 13, 6 f. *appellati tribuni medio decreto jus auxilii sui expediunt : in vincla conici vetant ; sisti reum pecuniamque, ni sistatur populo promitti placere pronuntiant. Summam pecuniæ quantam æcum esset promitti, veniebat in dubium ; — vades dari placuit, unum vadem M. M. M. æris obligaverunt.* — Dion. X, 8. — Plaut. Rud. III, 4, 72 f. *Promisimus aut talentum magnum aut hunc hodie sistere.* — Palæmon. Diff. serm. in Suet., éd. Roth., 320 : *vas qui ipsum se aut aliud quodlibet pro alio tradit.*

règle générale que l'obligation principale venant à périr, la fidejussion périt également.

Ayant déterminé la nature de l'obligation de la caution primitive, voyons ses effets. Ils doivent être envisagés :

1° *Dans les rapports du créancier et de la caution ;*

2° *Dans les rapports de la caution et du débiteur principal.*

L'étude de ces effets de l'obligation de la caution fera l'objet de deux chapitres.

CHAPITRE II

RAPPORTS DU CRÉANCIER ET DE LA CAUTION

L'obligation dont nous venons de déterminer la nature met en présence deux personnes : l'une, le sujet actif : le créancier ; l'autre, le sujet passif : la caution. Le sujet actif est titulaire d'un droit de créance dont la caution est débiteur. C'est ce droit que nous allons d'abord étudier.

Nous verrons, en passant en revue les différents cautionnements que nous avons déjà examinés, que ce droit permet au créancier d'agir à son gré soit contre le débiteur principal, soit contre la caution (21).

Les facultés que confère ce droit étant examinées, nous exposerons la manière dont il peut être réalisé. Là encore, l'idendité éclatera. Partout les cautions primitives sont exécutées de la même façon, partout elles sont soumises à une condition rigoureuse qui peut se résumer dans les deux propositions suivantes : les cautions du droit primitif engagent leur

(21) Ayant dit que la caution primitive est *souvent* l'unique obligé, notre langage peut paraître équivoque lorsque nous parlons d'action contre le *débiteur principal* et contre la *caution*. Aussi rappelons-nous que précédemment nous avons dit que si ordinairement la caution primitive était l'unique obligé, il n'en était pas invariablement ainsi, qu'il arrivait que les cautions garantissaient des *obligations*. Le *vas* garantissait ainsi le *nexum*, la *dotis dictio* l'obligation de garantie de celui qui mancipait. Mais dans ce cas, bien que renforçant une autre obligation, l'obligation de la caution a surtout le caractère principal.

personne (cette formule étant prise dans le sens *d'engager son corps*), — et le créancier peut les poursuivre par une procédure sommaire, dans laquelle il joue le rôle principal, celui de l'Etat étant tantôt nul, tantôt extrêmement réduit. En un mot, que l'on envisage le droit du créancier au point de vue de son utilité ou de sa réalisation, on voit qu'il ne diffère guère de celui qu'a tout créancier sur son débiteur, dans une législation primitive, quel que soit le pays où l'on se place.

§ 1

Le droit du créancier vis-à-vis de la caution

Quels sont les caractères du droit du créancier vis-à-vis de la caution primitive ? C'est le premier point qui doit retenir notre attention.

1° C'est un droit *principal*. Le créancier a sur le débiteur et la caution un droit égal, il peut indifféremment s'adresser à l'un ou à l'autre. Ce droit sera évidemment principal quand la caution sera l'unique obligé. Le caractère principal du droit du créancier s'explique par le caractère principal de l'obligation de la caution.

2° La ressemblance entre le droit du créancier sur la caution et celui qu'il a sur le débiteur ne s'arrête point là. L'un et l'autre sont des droits *personnels*, le mot personnel étant pris ici dans son sens étroit, c'est-à-dire de droit sur la *personne*, de

jus in persona, s'il est permis de s'exprimer ainsi. Ce n'est pas à proprement parler un droit de créance qu'a le créancier, c'est plutôt un droit réel, un droit de gage sur le corps du débiteur ou de la caution.

3° L'atteinte portée au droit du créancier sur la caution, la lésion de ce droit est un véritable *délit pénal*. L'inéxécution de l'obligation de la caution est un délit. Primitivement il en est ainsi de l'inexécution de toute obligation.

4° Le droit du créancier vis-à-vis de la caution est un droit *viager*. L'obligation de la caution primitive comme celles des débiteurs primitifs meurt avec l'obligé.

5° Enfin le droit du créancier vis-à-vis de la caution n'est nullement altéré par la présence de plusieurs cautions. Ce droit est *indivisible*, c'est-à-dire qu'il peut être exercé pour le tout contre chacune des cautions. De même primitivement la pluralité des obligés n'emporte pas division de la dette.

Reprenons l'un après l'autre ces différents caractères du droit du créancier, et vérifions leur existence dans les législations primitives que nous étudions spécialement.

1° Le droit du créancier vis-à-vis de la caution est un droit principal. Cela va de soi quand la caution est l'unique débiteur. Il en est de même lorsque la caution vient renforcer un devoir préexistant et sanctionné. Débiteur et caution occupent vis-à-vis de lui une position avancée. La caution n'est pas proté-

gée par le débiteur, ils sont l'un et l'autre sur la même ligne. La conséquence c'est que le créancier pourra attaquer à son gré l'une ou l'autre. Souvent même il pourra ne s'en prendre qu'à la caution, celle-ci étant le seul obligé.

Au contraire dans les législations modernes, la caution se dissimule derrière le débiteur. Le créancier n'a qu'un droit subsidiaire sur la caution. Si le créancier la poursuit d'abord, elle pourra repousser son action et le renvoyer discuter le patrimoine du débiteur, c'est-à-dire faire constater son insolvabilité. La constatation de l'insolvabilité, voilà la condition à laquelle est subordonnée l'action de créancier contre la caution.

A Rome, le créancier a eu la liberté de poursuivre à son gré soit le débiteur, soit la caution, jusqu'au temps de Justinien. Que le créancier ait pu agir immédiatement contre la caution, cela va de soi au cas de *vindicis*, de *prædis*, de *vadis datio*. Nous savons en effet que ces cautions étaient seules tenues, que le tiers garanti ne l'était point. Le *vindex* libérait le débiteur et prenait sur lui les suites du procès (21 *bis*). Dans la *prædis datio*, le *manceps* n'était point tenu envers la République. Avant la loi Silia, la *vadis datio* avait la même fonction que la *prædis datio*, comme celle-ci elle garantissait l'accomplisse-

(21 *bis*) Gaius, IV, 21. *Nec licebat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere ; sed vindicem debat qui pro se causam agere solebat.*

ment d'une promesse dénuée de valeur juridique. Dans ces différents cas, le créancier était obligé d'agir contre la caution, puisque le débiteur ne pouvait être recherché.

Le droit de s'adresser d'abord à la caution, sans avoir au préalable attaqué le débiteur principal, n'est pas spécial au cautionnement primitif. Les *adpromissores* ayant promis *idem* étaient tenus au même titre que le débiteur principal, par conséquent pouvaient être, avant ce dernier, l'objet des poursuites du créancier (22). Sans doute, le *sponsor*, le *fidepromissor*, le *fidejussor* n'étaient que des débiteurs accessoires, et nous savons que cela n'était pas indifférent en ce qui concerne la formation et l'extinction de leur obligation, mais ce caractère de l'obligation ne les reléguait pas au second plan. Ils n'étaient pas des débiteurs subsidiaires, c'est-à-dire n'avaient pas subordonné leur promesse à l'inexécution de l'obligation principale, le créancier avait donc le droit de s'adresser au fidéjusseur à l'effet de lui demander le tout.

Si la loi permettait au créancier de s'adresser de préférence aux *adpromissores*, cette rigueur, somme toute logique, était atténuée en fait par les mœurs. Nous savons en effet qu'il était bien pour un créancier de ne pas user de ce droit. Cela avait, dit Cicé-

(22) L. L, 2, 3, 5, C. VIII, 41.

ron (22 *bis*), quelque chose de peu gracieux ; et selon Quintilien, ce n'est qu'au cas d'insolvabilité du débiteur principal que le créancier peut poursuivre les *adpromissores* sans compromettre son honneur (*salvo pudore*). Cet éloignement de l'action immédiate contre la caution nous explique que dès l'époque classique on ait cherché et trouvé le moyen (23) pour le fidéjusseur d'éviter les premières poursuites du créancier. Ce mouvement aboutit en 535 à la Novelle 4 de Justinien, qui décida que de plein droit, le fidéjusseur aurait désormais le bénéfice de discussion, c'est-à-dire le droit de repousser le créancier qui s'attaquait à lui tout d'abord et de le renvoyer au débiteur principal dont il devait faire vendre *(discutere)* les biens, afin de constater son insolvabilité. (Nov. 4, ch. I. — Comp., art. 2021 C. Civ.)

Le droit du créancier sur la caution va se retrouver aussi énergique dans le droit germanique et notre très ancien droit coutumier. Là aussi la cau-

(22 *bis*) *Sponsores appellare videtur habere quamdam* δυσωπιαν *(Ad Attic. XVI, 15).*

(23) Un moyen était la *fidejussio indemnitatis* (116, Dig. de Verb., oblig. XLV, I ; 21, Dig. de solutionibus XLVI, 3). Le fidéjusseur donnait à son engagement le caractère d'une promesse conditionnelle, ne s'engageait qu'au cas où le débiteur principal n'aurait pas payé. Le créancier au lieu de stipuler du fidéjusseur *idem*, l'interrogeait ainsi : *Quanto minus a Titio consequi possim, id fidejubesne ?* On pouvait encore adjoindre à la fidéjussion ordinaire un pacte dans lequel il était convenu entre le fidéjusseur et le créancier que celui-ci poursuivrait d'abord le débiteur principal, le fidéjusseur s'engageait de son côté à ne pas se prévaloir de l'effet extinctif de la *Litis contestatio* (5, 19 ; 28 C. de fidejussoribus, VIII, 41).

tion pourra être poursuivie avant le débiteur principal. Ces législations ignorent en effet le bénéfice de discussion qui n'apparaît dans notre droit qu'au XIV[e] siècle, avec la réception du droit romain.

Il est exact de dire que le droit germanique ne connaît pas le bénéfice de discussion ; mais il ne faudrait pas conclure de là que le créancier germanique pouvait s'adresser à la caution comme le créancier romain au fidéjusseur. Le créancier romain pouvait attaquer le fidéjusseur, sans qu'il fût nécessaire d'interpeller au préalable le débiteur principal. Dans le droit frank et dans le droit lombard, nous verrons qu'il n'en était pas de même. Certes la caution était bien un obligé principal, et pour agir contre elle, il n'était pas nécessaire de discuter au préalable le débiteur, mais il fallait, et c'est un point sur lequel les différentes *leges* paraissent d'accord, qu'auparavant le créancier eût *interpellé* trois fois le débiteur principal, l'ait mis *in mora*. Ce n'est qu'après le refus de payer, refus constaté par témoins, que le créancier pouvait agir contre la caution.

Malgré cette triple interpellation, le droit du créancier sur la caution est toujours un droit *principal*. La caution pouvait intenter l'*actio injuriarum* contre le créancier qui avait agi contre elle avant de poursuivre le débiteur principal solvable (24). Et de

(24) Burg. 107, 7 (IV, 7). *Si quis fidejussorem acceperit et ante eum pignerare præsumpserit, quam auctorem suum, cum quo*

nombreux textes établissent que dans la pratique l'action s'intentait directement contre le fidéjusseur. En fait, la caution germanique occupait donc une position avancée comme les cautions du droit primitif (25).

De même que le droit germanique, notre très ancien droit coutumier ne subordonnait pas l'action du créancier contre la caution à la preuve de l'insolvabilité du débiteur principal. Il semble même que la triple interpellation du débiteur du droit frank n'était pas d'un usage général. On la retrouve dans plusieurs passages des Assises de Jérusalem

causam habet, præsentibus testibus ter admonerit, pignera quæ tollere præsumpserit in duplo restituat. On voit dans ce texte la nécessité d'une triple *admonitio* du débiteur, en présence des témoins, avant de saisir le fidéjusseur ; sinon le créancier serait tenu de restituer le double de ce qu'il aurait illégalement saisi. On peut rapprocher de ce texte le suivant : Burg. 19, 10. La nécessité de la mise en demeure du débiteur principal se retrouve dans le droit lombard : Roth. 245, 246. — Stobbe. *Vertragsrecht*, p. 124 et s. : l'action du créancier s'intente principalement et non subsidiairement contre le fidéjusseur, mais il n'en est pas moins vrai qu'il faut mettre d'abord *in mora* le débiteur principal.

(25) Textes qui prouvent que dans la pratique germanique le créancier poursuivait d'abord la caution. Droit lombard. Rach. 8, *si forte ipse ei per wadiam obligaverit, ipse pendat fidejussorem suum*, Luitp. 108. *Si quis fidejussorem aut debitorem suum pigneracit.* — Droit frank. Charte de Bréquigny, II, n° 424. — Lex Franc. Chamav., C. 16 : *qui propter alium hominem wadium adrhamivit, et ipse homo cum damnum incurrere dimittit, ille qui suum wadium adrhamivit, de suo omnia componat super noctes septem.* Extrav. L. Sal. 6, 6. *Et si vivent ambo (debitor* et *fidejussor), quod spopondit qui wadiam dedit* (débiteur principal) *det. Et si homo non dat, fidejussor quantum spopondit pro neglectu debitoris det.*

(26). Dans l'un que nous citons en note, on voit le créancier s'adresser au débiteur à l'échéance ; le débiteur répond qu'il ne peut payer, c'est seulement après cette réponse que le créancier dit qu'il ira « *gager* », saisir, le plège. Mais au contraire l'interpellation semble faire défaut dans la coutume de Beauvoisis (27). Beaumanoir suppose en effet qu'une *semonce* est introduite directement par le créancier contre le plège et que, celui ne payant pas, les intérêts courent. Le plège pourra-t-il recourir contre le débiteur principal à raison du dommage (*damace*) qu'il aura subi ? Beaumanoir répond qu'il croit que le débiteur ne sera tenu que du principal de la dette « *s'il poait dire qu'il fut el païs residenz..... et il le* (plège) *sorce s'est laissié mettre en damace sans li faire savoir* ». Si le plège peut mettre le débiteur en dommage « *sans li faire savoir* », c'est donc que le créan-

(26) Cours de Bourg., ch. LXII, éd. Beugnot : « *se il avient que un home ait un sieu detor et il vient à lui au terme et il lui demande son aveir que il li presta, et le detour li respont : Je ne vous peus paier. Celui qui presta l'aveir respont : Puisque vous ne volez paier si irai prendre le gage de mes plèges.* »

(27) Beaumanoir, XLIII, 21 : « *Si tost comme plèges est requis, semons ou constrains de faire plègerie, il doit sivir celi qui en plège le mist, qu'il l'aquit, ne doit pas tant attendre que grant damaces soient couru sor li, car il semblerait qu'il le feist por celi domacier qui en plègerie le mist, et tant pourrait-il bien attendre et soi mettre en si grant damace que quand il vaurroit estre aquités, cil por qui il fu plèges aroit bones diffenses por estre quites des damaces. Car s'il paoit dire qu'il fust el païs residens et persone bien en justice et soufisans de li aquiter, et il sor ce s'est laissé mettre en damace sans li faire savoir, je croi que en tel cas il ne serait pas tenu es damaces mais du principal de la dete le devrait-il aquiter et délivrer* ».

cier pouvait l'attaquer sans qu'il fût nécessaire de mettre au préalable le débiteur *in mora*.

Le plège avait donc conservé la position avancée qu'occupait la caution germanique. Il suffit que le débiteur ne paie pas au jour dit pour qu'on agisse contre lui. Ainsi au XIII[e] siècle, la saisie privée, voie ordinaire d'exécution sur les plèges, est toujours donnée contre le plège, non contre le débiteur principal. Sans doute cette saisie privée n'était pas précédée d'une action en justice contre le débiteur principal, sinon elle aurait perdu toute son utilité.

Enfin l'absence du bénéfice de discussion est attestée à la fois dans les actes (28) et dans les coutumiers (29).

Le droit du créancier sur le plège fut restreint par deux institutions, l'une d'origine coutumière : l'exception de garantie ; l'autre le bénéfice de dis-

(28) L'acte suivant dans le Cartulaire de Saint-Victor de Marseille (année 1055) montre que l'on pouvait agir directement contre le fidéjusseur : *Ipse Durandus guerpitionem palam fecit et fidejussorem Poncium Amelium dedit, ut si ipse Durandus aliquid tulerit aut apprehenderit, ipse Poncius de suo proprio emendet, aut monachi sancti Victoris de dominio ipsius Poncii adprehendant, quamdiu ipse Poncius videret.*

(29) Etablissements de Saint-Louis, éd. Viollet : « *Car il est à la volonté dou créancier de soi prendre au plège ou au deteur principal, selon l'usage d'Arlenois.* » Le bénéfice de discussion fait même défaut dans les pays du Midi où le droit romain s'est pleinement conservé ; il est répudié de la coutume de Montpellier de 1204, art. 72. Même solution dans la coutume du duché de Bourgogne de 1459, Ch. 5, art. 3 : « *Le créancier peut poursuivre son principal obligé pour tout son délit, lequel il veut choisir.* »

cussion de la Novelle 4. L'exception de garantie (30) permettait à la caution poursuivie par le créancier d'obtenir un délai pour mettre en cause le débiteur principal. Et si le fidejusseur « *amenait garend, iceluy fidejusseur n'était pas tenu de procéder en la cause principale* ». Quant au bénéfice de discussion il avait les mêmes effets qu'en droit romain. Cette amélioration de la condition des cautions apparaît au XIV^e^ siècle : dans le *Livre des droits et commandemens d'office de justice* (vers 1372) (31), dans la *Somme rural* de Bouteiller (fin du XIV^e^ siècle) (32), dans la *Coutume glosée d'Anjou et du Maine* (XV^e^ siècle) (33).

Ce n'est donc que fort avant dans les législations que le droit du créancier sur la caution perd son caractère principal pour devenir subsidiaire (34).

2° *Caractère personnel du droit du créancier sur la caution.* On sait la condition rigoureuse des emprun-

(30) Art. 150 de la coutume de Bretagne.

(31) § 620. *Et aussi selon droit ne se pourrait pas le créditeur faire paier sur son plège tant comme le débiteur principal soit solvable.*

(32) Somme rural, I, tit. 101, pag. 577.

(33) « *Se aucun met autre en pleige, il l'en doit dèlivrer; mes l'on ne peut prendre les biens du plège tant comme celuy qui l'a mis en pleige ayt de quoi paier.* »

(34) Dans l'ancien droit des Perses « la caution devait nécessairement être poursuivie avant le débiteur principal ». — De même dans le droit hongrois — chez les Ossètes du Caucase. En droit grec, Hermann. *Lehrbuch der Griesch. Rechsalt*, édit. Thalheim, p. 87 et 91 : celui qui obtient une caution peut d'abord s'adresser à elle, sans avoir au préalable attaqué le débiteur principal. (Platon, *Leges*, XII, p. 953. — Demosth, XXXV, 15, p. 928. — Theoph., Char. 12).

teurs des premiers siècles de Rome et la gravité des luttes auxquelles donnèrent lieu les rapports entre prêteurs et emprunteurs.

Ceux-ci, les *nexi*, pouvaient, faute de payement à l'échéance, être emmenés chez l'emprunteur qui les traitait en esclaves (35), les chargeait de chaînes (*nexus*, *vinctus*). C'était le corps du *nexus* qui servait à indemniser le prêteur du préjudice que lui causait le non payement. Aussi lorsque Tite-Live veut exprimer ce rapport de droit dit-il (VIII, 28) : *corpus debitoris obnoxium*. Le droit du prêteur ressemble moins au droit d'un créancier qu'au droit d'un maître. Il semble qu'il puise dans la *damnatio* qui accompagne le *nexum*, un droit réel sur le corps du *nexus* et sur celui des descendants de celui-ci. La personne du *nexus*, voilà l'objet du droit du prêteur. Aussi le *nexus* ne pourra prendre part au débat qui s'élèvera sur l'existence même du *nexum* ou la quantité de métal prêté, aussi devra-t-il être remplacé, lui l'objet du droit, par un tiers, par un *vindex* qui le revendiquera, qui tentera de le délivrer des chaînes dont on veut le couvrir. On peut donc dire que le droit du prêteur est un droit personnel, cette épithète étant prise *stricto sensu*.

Ce caractère affecte aussi l'obligation des cautions primitives. A Rome ou chez nous, la condition des

(35) Varr. *L.*, *l.* VII, 105. *Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet, dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab ære obæratus.*

cautions est également pitoyable. Leurs corps répondent de leurs dettes ; si elles ne paient point, la prison les attend. Retenir la caution dans l'*ergastulum* ou l'emprisonner est, à Rome, comme chez nous, le plus sûr moyen d'atteindre ses biens.

Les voies d'exécution sur les biens étant dans l'une et l'autre législation insuffisamment organisées, on s'attaque à la personne, on la prive de sa liberté, ou la contraint à se racheter par l'abandon de son patrimoine. L'exécution de la personne procure indirectement celle des biens.

Le *vindex*, le *præs*, le *vas*, subissent le sort réservé aux *nexi*. Substitué au débiteur, si le *vindex* succombe dans son intervention, le droit du créancier portera désormais sur lui (36). *Addictus*, il devra payer, sinon il sera conduit dans l'*ergastulum*, chargé de chaînes, vendu *trans Tiberim* (37), au-delà du Tibre, afin qu'on ne rencontre jamais à Rome des esclaves qui y auraient été auparavant citoyens.

Il en sera de même des *prædes* et des *vades*. L'expression *venditio prædis*, que l'on rencontre encore dans Cicéron (38), établit que le *præs* était tenu de la dette corps et biens. Quant au *vas*, nul doute qu'il ne fût soumis aux antiques rigueurs. Il était *vada-*

(36) Ce point est controversé, mais nous nous sommes rangé (I^re^ partie, note 14), au système qui considère le *vindex* comme prenant sur lui les suites du procès.

(37) Voir Girard, Textes de dr. rom., p. 11, texte des XII tables : *table III : 1, 2,3, 4 et 5.*

(38) Cic. Phil., *II, 31..... ne L. Plancus prædes suos venderet.*

tus (39) (racine *vad* lien), c'est-à-dire lié, le *vas* romain fait penser au débiteur des Aryas. Son nom en effet fait partie de ce que Ihering appelle d'une façon pittoresque, le « trousseau », c'est-à-dire le lot d'expressions et d'institutions que les Aryas remirent à ceux d'entre eux qui devaient être les Indo-Européens, lorsque commença l'exode des plateaux de l'Asie centrale vers l'Europe. Comme le débiteur arya, le *vas* donnait au créancier son corps en gage (40).

Cette obligation de la personne des cautions primitives était très exactement exprimée par les formules : *vindex sum*, *præs sum*, *vas sum*. Il semble que cette obligation *personnelle* aurait dû disparaître avec les lois Silia et Calpurnia. Ayant épuré la notion d'obligation, en la débarrassant de ce qu'elle avait de matériel, ayant substitué à un droit réel sur la personne le droit d'*intendere dare oportere* (41) c'est-à-dire un droit sur la volonté du débiteur, il semble que ces lois devraient avoir eu aussi pour conséquence : une amélioration de la condition des débiteurs par la substitution de l'exé-

(39) Synonyme de *vinctus, obstrictus.* (Plaut. Bacch., *145*). Cf. Karlowa, *Der. rœm. Civilprocess, 325.* — Mispoulet, *Revue de philologie (1888, p. 1).*

(40) La définition déjà citée que le grammairien Palæmon donne du *vas* rend compte de l'évolution qui s'est produite dans l'obligation de la caution : *Vas qui ipsum se aut aliud quodlibet tradit.* Primitivement le *vas* se donne en gage lui-même; plus tard c'est autre chose qu'il remet.

(41) Conclure à l'exécution d'une promesse de *dare.*

cution sur les biens à l'exécution sur la personne. Cette évolution ne devait pas être aussi rapide. La contrainte personnelle demeura en vigueur aussi longtemps que le système des *Legis actiones*. Les *sponsores* et les *fidepromissores* connurent donc la contrainte personnelle comme les cautions qui les avaient précédés. Toutefois le droit du créancier sur leur personne, comme sur la personne des débiteurs en général, s'était bien adouci. Ce droit continua à subsister, mais de moins en moins réalisé, et cela pour deux raisons. La première est la création du bénéfice de cession de biens, *bonorum cessio*, introduit par l'une des *leges Juliæ judiciariæ*. La seconde est l'introduction, sous le système formulaire (1er tiers du VIe siècle), des voies de contrainte sur les biens : *bonorum venditio*, *bonorum distractio*, *pignus ex causa judicati captum*.

Dans les coutumes germaniques, le droit du créancier sur la caution revêt aussi le caractère personnel. La contrainte par corps réalisée par un emprisonnement privé est en effet un mode d'exécution des créances. On a même soutenu que c'était à l'origine le seul mode d'exécution (42-43). Il ne pouvait en être autrement dans les législations qui, à l'exemple de la loi Salique, considéraient que les meubles seuls étaient le gage des créanciers (44).

(42-43) Meibom, *Deutsches Pfandrecht*, p. 37.

(44) Lex Salic, 4, 2, si le défendeur a promis d'exécuter la sentence, le comte ne saisira que les meubles — id. L. 1., dans la sai-

Emprisonner la personne était alors aussi le plus sûr moyen d'atteindre les immeubles, de forcer le débiteur à les vendre. Celui qui, ayant commis un homicide, ne pouvait payer ni lui, ni les siens, la *compositio*, était conduit quatre fois au *mallus* périodique, de même que les débiteurs romains dont parle Aulu-Gelle étaient exposés dans le *comitium* : *inter eos dies trinis nundinis continuis ad prætorem in comitium producebantur* (45). Dans les deux cas, l'exposition du débiteur avait pour but d'exciter ses amis à le racheter. L'analogie entre la condition de ces deux débiteurs se continue. En effet si personne ne se présentait pour lui, le débiteur payait de sa vie « *de vita componat* » (46). De même le débiteur de la loi des XII Tables donnait sa chair en payement du métal : *Tertiis nundinis partis se-*

sie extrajudiciaire les meubles sont seuls compris. La créance la plus favorable de toutes, celle qui résulte d'une condamnation au paiement d'une composition ne peut donner lieu à la vente de l'immeuble du délinquant. Dans le titre *de chrenecruda*, le débiteur après avoir juré qu'il ne peut pas payer, transfère son immeuble à ses proches qui seront chargés d'éteindre la dette. L'immeuble n'est donc pas saissisable en droit germanique. C'est un souvenir de l'inaliénabilité primitive des terres, caractère qui a été très vivace chez les Germains.

(45) A. G. *N. A.*, 20. 1. 46, 47.

(46) Lex Salic. (éd. Hessels), LVIII, 6 : *Tunc illum qui homicidium fecit, qui eum sub fidem habuit in mallo præsentare debet, et sic postea eum per quatuor mallos ad suam fidem tollunt. Et si eum in compositione mallus ad fidem tulerunt, hoc est ut redimant de quo domino (non) persolvit, tunc* DE VITA SUA COMPONAT.

canto. De même, dans le Marchand de Venise, le juif Shylock dit à Antonio : « Nous stipulerons que faute de remboursement aux lieu et jour fixés, vous serez condamné à me payer une livre de votre belle chair, coupée sur telle partie de votre corps qu'il me plaira de choisir (47) ».

Cette rigueur s'atténuera. En effet, dans les Capitulaires (48), l'exécution sur la personne se montre sous la forme moins barbare de l'asservissement.

Dans les exemples que nous venons d'invoquer, la contrainte par corps est la sanction d'une obligation *délictuelle* (49). Le créancier pouvait-il aussi y avoir recours au cas où l'obligation naissait *ex contractu*

(47) *The merchant of Venice, act. I, sc. II.* Shylock à Antonio :

Go with me to a notary, seal me there
Your single bond ; and in a merry sport,
If you repay not me on such a day
In such a place, such sum or sums as are
Express'd in the condition, let the ferfeit
Be nominated for an equal pound
Of your fair flesh, to be cut off and taken
In what part of your body pleaseth me.

(48) Cap. de 779, c. 19... *et si non habet pretium in wadio pro servo semetipsum comiti donet, usque dum ipsum bannum solvat.* — Cap. de 803, ch. 8. *De libero homine qui se loco wadii tradidit.* — Cap. de 811, c. 3, même idée et mêmes expressions que dans le Cap. de 779. — Cap. de 814, c. 2, *Ut nullus Judœus neminem Christianum in wadium ab ullo Judœo aut ab alio Christiano mittere presumat ne deterior fiat...*

(49) Sur ce point, V. Grandmoulin. *La nature de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'ancien droit romain* (th. 1892).

ainsi dans l'hypothèse d'un cautionnement ? Impossible d'en douter, et pour deux raisons : la première, c'est la fréquence à l'époque franque des formules d'engagement, d'*obnoxiatio* par lesquelles le corps du débiteur répondait de sa dette (*corpus debitoris obnoxium*) ; la seconde c'est que, dans le droit germanique, comme dans toutes les législations primitives, la violation de l'obligation née et contractée est considérée comme un délit — « le refus d'exécuter un contrat valablement formé constitue un véritable délit pénal (50) ». Il n'y a donc pas de raison de sanctionner d'une façon différente le non payement d'une *composition* et l'inexécution d'une *fides facta*.

Ce droit au corps de la caution passa dans notre très ancien droit coutumier. Ainsi, les Assises de Jérusalem décident que, si le plége a proclamé son insolvabilité en jurant sur les saints, devant la Cour « *que il n'a dessus terre ne dessous terre dont il puisse faire que plége* », que le créancier pourra « le tenir en sa prison (51) ». Comme tout autre débiteur, le plége sera alors traité comme un esclave par le créancier : il sera enfermé dans sa maison ou employé à des travaux serviles ; il porte un anneau de fer au bras « *por reconnaissance que il est à poeir d'autrui pour dette* » ; il reçoit « *pain et aigue* », à *vêtir une robe l'iver et une cote l'esté, pour ne pas*

(50) Glasson. *Histoire du droit.* Tome III, p. 574 et 952.
(51) *Cour des Bourgeois* (Beugnot), ch. LXXX.

mourir faute de robbes ou aliments. » — Le créancier « *li deit doner à manger au moins pain et aigue*, CE PLUS NE LI VEUT *doner à manger* (52). » Cette réglementation par les Assises des droits du débiteur emprisonné vis-à-vis des créanciers, rappelle presque littéralement la disposition des XII tables : *libras farris endo dies dato* SI VOLET PLUS DATO. Le *si plus volet dato*, était probablement pratiqué par des créanciers généreux au temps de Beaumanoir ; nous voyons en effet, au chap. 35, un débat s'élever entre un plége qui exerce son recours contre le débiteur, et celui-ci qui prétend que le plège a fait en prison « *d'outrageuses dépenses* ».

Au XIII[e] siècle, la contrainte par corps tomba chez nous en désuétude pour les mêmes causes que la *manus injectio* à Rome. La règle de l'insaisissabilité des immeubles tendant de plus en plus à disparaître des coutumes, l'exécution sur les biens prit la place de l'exécution sur la personne. Ainsi dans le Livre de Jostice et de Plet et dans Beaumanoir, il est dit qu' « *on ne prend pas par corps por plegerie ou por dette, si ce n'est pour la dete la roi ou le conte* » (53), et plus loin au chapitre 24 il répète que plège ne peut perdre son corps pour plègerie.

Le droit du créancier sur le corps a donc disparu. Il en resta toutefois un souvenir dans la convention

(52) *Cour des Bourg.* Ch. XXXIX.
(53) JOSTICE et PLET. I, 4, 23. — BEAUM. XLIII, 18.

d'*ostagium*, fréquente en matière de plègerie, convention par laquelle le plège s'engageait « *à tenir prison* » (54) en cas de non-paiement de sa dette. Beaumanoir parle au livre XLIII, ch. 31 de plusieurs plèges qui furent tenus èn prison pour leur plègerie, car ils s'y étaient obligés au *marché*, c'est-à-dire lors du contrat. De prérogative légale du créancier, la contrainte par corps était devenue prérogative conventionnelle.

3. *L'inexécution de l'obligation de la caution primitive est un délit* (55). — Dans le droit primitif, l'État rudimentaire ne sanctionne pas les obligations. Cette sanction est laissée à l'individu, à la religion, à l'opinion publique. Ce qui caractérise cette sanction c'est sa rigueur excessive. Elle ne consiste pas seulement dans la réparation du dommage causé, mais elle exige de plus une peine. Comme disent les interprètes, la sanction n'est pas *reipersécutoire* mais *pœnæpersécutoire*.

L'individu est-il contraint « de réaliser lui-même son droit », il le fera sans mesure, avec passion. Il

(54) Beaum. LI, 7. *Quant aucuns s'est obligiès à tenir prison por se dete ou por l'autrui, s'il pot baillier nans (gages) à la valeur de la dete, ses corps doit être délivré de la prison.*

(55) Cette proposition se concilie bien avec la précédente que le droit du créancier porte sur la personne de la caution. En effet, le droit du corps de celle-ci est un droit éventuel, droit qui se réalisera si à l'échéance la caution ne rembourse pas le créancier, c'est-à-dire commet un délit. La sanction du délit, ce sera la prise de corps.

exigera, outre la réparation, une vengeance, une peine (56) dont le degré dépendra de son état de surexcitation.

La religion que nous avons vue présider à la formation des obligations (*sponsio ad aram maximam Herculis*), veille-t-elle à leur sanction (57), qu'elle fait preuve de la même rigueur que l'individu. Celui qui a failli à son serment sera *exsecratus* et comme tel chassé de la communauté religieuse. Dans les cas plus graves, il sera déclaré *sacer* par les pontifes et quiconque le rencontrera pourra impunément le mettre à mort. C'est donc une peine qu'impose la religion.

Même caractère pénal, lorsque la sanction est l'œuvre de l'opinion publique. Le défaillant sera châtié par la collectivité à laquelle il appartient. Le groupe *gens* ou *collegium opificum* l'exclura de son sein. Le censeur lui infligera une flétrissure morale, *nota censoria*, dont il sera fait mention sur le registre du *cens* (58).

(56) Ihering. *La faute en droit privé*, p. 9 et s.

(57) Cette confusion du droit et de la religion aux époques primitives est un phénomène général. Declareuil, N. R. H. 1889 : *La Justice dans les Coutumes primitives*. Sur le rôle des Brahmanes de l'Inde : Dareste, p. 71 et s. — Egypte, Révillout : *Etude sur les obligations en droit égyptien*, p. 37. — Germanie : Tacite, *Germ.*, § 7. — En Irlande, rôle des Filé : d'Arbois de Jubainville : *Introd. à la littérature celtique*. — En Gaule, rôle des Druides. Declareuil, N. R. H., 1889, p. 368 et s. — L'Église catholique assurait également l'exécution des promesses faites et prononçait quelquefois l'excommunication en cas de violation du serment. V. Esmein : *Mélanges d'Hist. du droit.*

(58) Cicéron. *Pro Cluentio*, C. 42.

Primitivement donc, quel que soit le pouvoir qui assure l'exécution de la promesse, l'inexécution de celle-ci est frappée d'une peine, comme si un délit pénal avait été commis. La violation du droit du créancier est un délit. La notion de peine est alors aussi puissante dans le domaine du droit civil que dans celui du droit pénal. Le progrès consistera justement à la confiner de plus en plus dans ce dernier droit. C'est ce que Ihering exprime de la façon suivante (59) : « l'histoire de la peine est une abolition constante. »

Les contrats ayant partout connu cette sanction délictuelle, le cautionnement n'a pas échappé à la loi générale. La caution qui n'exécute pas sa promesse se verra infliger une peine. Chez les Aryas, celui qui rompait les chaînes du débiteur attaché au poteau y était lié à son tour. Ainsi exposé, jour et nuit, aux coups des créanciers, il attendait la mort et lorsque celle-ci était venue, son corps était privé de sépulture (60). La mort et des châtiments ultérieurs étaient donc le lot des cautions qui ne payaient point. Dans la loi de Vestrogothie (61), la caution qui garantit la paix entre deux personnes à la suite d'un crime, sera punie d'une amende de deux fois seize ortughs et de trois fois neuf marks, s'il y a violation du traité :

(59) Ihering. *De la faute en droit privé.*

(60) Esmein. *Les débiteurs privés de sépulture,* dans *Mélanges d'Histoire du droit,* p. 245.

(61) Beauchet. *N. R. H.*, 1887, p. 735, n° 4.

il ne suffisait point qu'il remboursât la dette originaire, c'était le double de cette dette qui lui était réclamé. En intervenant d'une façon injuste, il avait commis un délit qui devait entraîner une peine (62). La peine encourue par le *vindex* téméraire, nous explique pourquoi on exigeait du saisi, *adsiduus*, qu'il fournît un *vindex adsiduus*, alors que si c'était un prolétaire tout citoyen pouvait se porter *vindex*. Il fallait en effet assurer au saisissant au cas où il triompherait dans la *legis actio* un recours aussi efficace que celui qu'il aurait eu s'il avait agi contre le débiteur. Quant au *sponsor*, il était passible de pénalités religieuses. Dans la loi salique l'inexécution de la promesse *ex re præstita ou ex fide facta* donne lieu à une amende (63). Au cas de *fides facta* (on se souvient que le cautionnement se faisait *fide facta)*, au terme échu, si le créancier a sommé en vain le débiteur de payer, celui-ci encourt une

(62) Ihering. *De la faute en dr. privé*, p. 16. — M. Gauckler (l. c. p. 615) estime que c'est à tort que l'on invoque les deux textes suivants pour soutenir que le *vindex* qui succombait était puni du double. Dans le passage de la lex Coloniœ Genetivæ, *si quis in eo VIM FACIET, ast ejus vincitur, dupli damnas esto,* le « *quis vim faciet* » ne serait point le *vindex*, mais un tiers qui se livrerait à des voies de fait sur celui qui procède à la *manus injectio*. Contra Cuq, *p. 427, n° 6*. D'autre part, dans le texte des XII Tables : *si vindiciam falsam tulit si velit is ..... tor arbibros tres dato ; vindiciam falsam ferre* signifierait : défendre à tort à la revendication. (Contra Hubner et Mommsen dans l'*Ephemeris, t. III, 1877, p. 109*). Quoi qu'il en soit, M. Gauckler estime que l'on peut par analogie de la lex Coloniæ Genetivæ soutenir que le *vindex* était condamné au double comme celui qui voulait empêcher par la force la *m. i.*

(63) Dareste. *Etudes, p. 407.*

amende de quinze sous. Puis à cette sommation à domicile succèdent trois sommations devant le *mal :* chaque « je ne veux pas payer » est puni d'une nouvelle amende de trois sous, etc. La procédure *ex fide facta* nous montre donc la caution germanique punie pour son retard à payer. De même dans notre très ancien droit coutumier, le plège qui résistait, qui faisait *rescousse*, était frappé d'une amende qui variait suivant les coutumes : elle était ordinairement fixée à soixante sous dans les coutumiers français. Beaumanoir (64) dit que « si l'on demande à aucun plévine et qu'il nie en cour qu'il soit plège, et puis qu'il en soit atteint par preuve, il convient qu'il fasse plégerie, *et aussi paie l'amende de la créance.* L'amende était de dix sous pour le plège gentilhomme, de cinq sous s'il était homme de pœste. Beaumanoir ajoute que celui qui suit le plège en plévine, ne sera pas tenu de le délivrer de la peine. Cela se comprend aisément.

4. *Le droit du créancier s'éteint avec la caution.* — Un caractère commun aux cautions primitives, c'est que leur obligation est intransmissible à leurs héritiers. Le droit du créancier est viager, subordonné à la vie de la caution. Il s'éteindra avec celle-ci. Souvent même il arrive que la loi assigne à l'obligation de la caution une durée déterminée, quelque-

(64) Beaum., XLIII, 17.

fois relativement brève, par exemple : un an, cinq ans, dix ans (65). L'intransmissibilité de l'obligation de la caution à ses héritiers est un phénomène général.

Dans les Institutes de Manou (66), l'intransmissibilité d'absolue qu'elle était probablement (67) auparavant, est désormais restreinte à l'obligation de la caution de la comparution (68). Au contraire, la caution qui garantit un paiement transmet son obligation à ses ayant-cause universels.

Dans le droit grec, les cautions sont ordinairement libérées au bout d'un an (69). A Rome, l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor* ne passait pas

(65) Stobbe : *Vertragsrecht,* p. 132 ssq. Platner : *die Bürgschaft*, p. 125.

(66) Suivant Buhler, la date de ce Code serait entre 200 av. J.C. et 200 après J.C. M. Dareste. *(Etudes, p. 70)*, opine pour 200 avant notre ère.

(67) Appleton. *Étude sur la condition des sponsores, fidepromissores, fidejussores au VII^e siècle de Rome. Revue de la législation 1876.*

(68) Loi de Manou *(trad. Loiseleur-Deslongchamps),* livre VIII, Slokas 158, 159, 160. Sloka 159. Mais le fils n'est pas tenu d'acquitter des sommes dues par son père pour s'être rendu caution. Sl. 160. Telle est la règle établie dans le cas d'une caution de comparution ; mais lorsqu'un homme qui avait garanti un paiement vient à mourir, le juge doit faire acquitter la dette par les héritiers.

(69) Hermann. *Lehrbuch der. Griesch. Rechtsalt,* éd. Thalheim 1884. Dans le droit attique l'obligation s'éteignait *ipso jure* par le délai d'un an, mais Caillemer, *étude* VII, 18, estime que cette coutume n'avait cours que dans les affaires commerciales. Les cautions dans les baux répondent pour plus longtemps en Attique. Les cautions, dans la loi d'Ephèse sont également libérées par le délai d'un an. Dans les locations d'héritage d'Héraclée, elles sont renouvelées tous les cinq ans.

à leurs héritiers (70). Au contraire, celle du *fidejusseur* était perpétuelle. La loi Furia (probablement en 655), restreignit encore la durée de l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor*, en décidant qu'ils seraient libérés par le délai de deux ans, *biennio liberantur*. Il n'y a pas de raison pour que l'intransmissibilité n'ait pas existé à l'égard des obligations des *vades* et des *prædes*. La similitude relatée par les anciens eux-mêmes, entre le *vas*, le *præs* et le *sponsor* (71), permet de penser que les obligations de ces cautions primitives étaient intransmissibles comme celles des *sponsores* (72).

Chez nous, à l'époque franque, les textes sont fort peu nombreux établissant l'intransmissibilité de l'obligation de la caution. M. Esmein n'en cite que deux: l'un emprunté à la loi des Burgondes (73), l'autre aux capitulaires de Louis II (74). Mais l'abondance des preuves établissant que dans notre très ancien droit

(70) *Sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur. Item sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur..... Fidejussoris vero perpetuo tenentur.* (Gaius, III, § 121.)

(71) Varr. L. l. VI, 8, 74. *Sponsor et præs et vas neque idem, neque res, a quibus hi (sc. appellanbur cædem) sed e re simile.*

(72) Contra Cuq., p. 628.

(73) LXXXII, 2, *de fidejuss.* décide que si le fidéjusseur est mort, ses héritiers doivent demander au juge de désigner un autre fidéjusseur de même condition, afin que le créancier ne puisse rien leur réclamer, « *et aliis heredibus fidejussoris mortui nihil quæratur.* »

(74) *Capit.* de 875, c. 42 (Pertz, *Leges* I, 527) : dans le cas où il y a pluralité de fidéjusseurs, l'un d'eux venant à mourir, ceux qui lui survivent paieront sa part (les héritiers ne sont donc pas tenus).

coutumier l'obligation du *plège* ne passait pas à ses héritiers ne permet point de douter qu'il n'en ait été de même à l'époque germanique. Dans les coutumiers le principe de l'intransmissibilité est maintes fois posé. Il est dans les Assises de Jérusalem, dans Pierre de Fontaine, dans Beaumanoir (75), dans le Livre de Jostice et de Plet, dans le Grand Coutumier de Normandie, dans la Coutume de Montpellier de 1204 (76). « *Li oir ne sont de riens tenu à respondre de le plègerie lor pere* », dit Beaumanoir. Et le Grand Coutumier de Normandie : « *En cette plevyne doibt len scavoir que si le plège meurt, la plévine meurt, car simple plévine n'oblige pas les hoirs.* »

Il faut dire que la règle de l'intransmissibilité subissait à Rome et chez nous des limitations ; ainsi dans les Coutumiers, il est dit qu'elle n'a lieu qu'au cas de simple plévine. En effet, si le plège était à la

(75) Beaumanoir pose le principe de l'intransmissibilité au début du livre XLIII, ch. 9. Si le plège meurt avant de s'être laissé traîner en cour et que commandement lui ait été fait de payer, *les hèritiers ne sont en rien tenus de la plègerie de leur père*, puisque le père n'en fit point sa dette et ne reçut point commandement. Cependant le principe de l'intransmissibilité avait perdu de sa force au temps de Beaumanoir. En effet, la transmissibilité de la dette du plège à ses héritiers est admise dans le cas où le créancier est un seigneur. Beaum. XLIII, ch. 9, dit : que si ceux du comté qui deviennent plèges envers le comte meurent, *leurs hoirs répondent de la plègerie* — et il ajoute qu'il n'y a aucune différence entre le plège et le débiteur que le comte prend pour lui parmi ses sujets.

(76) *Ass. de Jérusalem. Livre de Jean d'Ibelin*, ch. 130. *Cf. Cour des Bourgeois*, ch. LXXVIII (Beugnot). Pierre de Fontaines, *Conseil* IX, 5 (éd. Marnier). — Beaumanoir XLIII, 4. — *Livre de Jostice et de Plet*, II, 12, 13. — *Grand Coutumier de Normandie*, ch. LX, éd. Gruchy, p. 144. — *Coutumes de Montpellier de* 1204, art. XIII.

fois « *plège et débiteur* » son obligation passait à ses hoirs (77).

Pourquoi l'obligation de la caution primitive ne passait-elle pas à ses héritiers? Cette intransmissibilité est-elle propre au cautionnement, ou bien n'est-elle qu'une application d'une règle plus générale du droit primitif : l'intransmissibilité des dettes aux héritiers ?

On a donné sur ce caractère de l'obligation de la caution l'explication suivante (78) : Le cautionnement

(77) La convention de plège et débiteur a cet effet dans le *Grand Coutumier de Normandie*..... « *les tiers seront tenus de payer la dette pour ce que leur ancesseur s'en établit principal débiteur.* » D'autre part, une atténuation de l'intransmissibilité commune au droit romain et à notre ancien droit résulte de la règle : *Omnes actiones quæ morte pereunt semel inclusæ judicio salvæ permanent.* (*L.* 139, *pr. Dig.* XVII. *L.* 87 *eod. tit.* Sur cette règle, V. Esmein : *Intransmissibilité des créances et des dettes, N. R.* H., 1887, p. 57). En d'autres termes l'obligation passait aux héritiers de l'obligé toutes les fois que le créancier, avant la mort de ce dernier, avait commencé à le poursuivre en justice. C'est là très probablement une règle propre aux législations primitives. Applicable aux *sponsores*, elle se retrouvait dans le droit germanique, dans notre droit coutumier. Beaumanoir (XLIII, 4) la formule de la façon suivante : « *Mais s'il meurt avant qu'il en soit trais en cozt et que le commandement l'en soit fes, li hoir ne sont tenu de riens respondre de le plègerie lor pere, se li pères n'en fist se dete ou s'il n'en rechut commandement.* »

(78) Esmein. *Deuxième étude sur les Contrats dans le très ancien dr. fr.* Il convient de faire remarquer que M. Esmein abandonne son explication dans son *Etude sur l'intransmissibilité première des créances et des dettes, N. R. H.*, 1887, p. 51 : « Cette intransmissibilité n'a rien de spécial au cautionnement, l'obligation du *sponsor*, du *fidepromissor* subissait simplement le sort commun de toutes les obligations ». — Appleton. *Etude sur les sponsores*, explique l'intransmissibilité par cette considération que le cautionnement est un acte d'ami. De même, May : *Cours de droit romain*, II, p. 396, note 4.

est un contrat de nature spéciale ; celui qui cautionne rend plutôt un service d'ami qu'il ne s'oblige, ou du moins s'il s'oblige, il n'entend s'obliger que personnellement. On comprend que les obligations qui trouvent leur origine dans ces offices de l'amitié ne passent pas aux héritiers. C'est cette raison que fait valoir le Grand Coutumier de Normandie, lorsqu'il veut expliquer pourquoi la plévine meurt avec le plège : « *Plévine est autant comme promesse de loyauté, car celuy qui plège aucun promet que cil fera loyaulement ce de quoy il le plège* (79) ».

Nous croyons plutôt que l'intransmissibilité de l'obligation de la caution est une conséquence de l'intransmissibilité des obligations dans le droit primitif. Que la dette ait été très longtemps absolument *personnelle* à celui qui l'avait contractée, cela nous semble être une conséquence de la notion primitive d'obligation.

Le primitif a dû considérer que la dette mourait avec le débiteur, parce que pour lui le droit de créance et le droit réel se confondent. De même que le droit de propriété sur la maison ou sur l'animal disparaît avec son objet, de même le droit de créance qui n'est pas alors différent d'un droit de propriété sur le débiteur, périra avec la personne de ce dernier. Tout au plus le droit subsistera-t-il jus-

(79) En ce sens Jourdan. *De l'hypothèque*, p. 5, note 8. — Appleton. *Etude sur les sponsores et les fidepromissores.*

qu'au jour où il sera matériellement impossible au créancier de se venger sur le cadavre de son débiteur. Lorsque la notion de droit de créance se sera dégagée, la personnalité du droit persistera : le droit portant désormais sur la volonté du débiteur, on sera amené tout naturellement à penser que ce droit s'éteint avec la vie de celui-ci, que dès l'instant de sa création il a été subordonné à l'existence du débiteur.

L'intransmissibilité des dettes aux héritiers se manifeste à Rome et ailleurs. Nombreux sont les textes latins dans lesquels on peut relever la persistance du vieux principe. C'est ainsi que la promesse *post mortem suam* n'était pas encore obligatoire au temps de Gaïus. On ne pouvait alors réclamer l'exécution de cette promesse à l'héritier, parce que, suivant Gaïus (80), il eût été *inélégant* de faire naître une obligation en la personne de son héritier. Ce n'est point la vraie raison. Il faut la rechercher dans la règle de la personnalité des dettes : promettre pour après sa mort, c'est faire une promesse inutile, puisqu'à raison de l'intransmissibilité, l'exécution n'en pourra être demandée à personne. Une autre survivance de cette règle apparaît encore à l'époque classique, avec l'intransmissibilité passive des actions pénales ; les dettes délictuelles sont intransmissibles, — et, à ce propos, puisque nous savons que primi-

(80) Gaius, III, 100.

tivement la violation d'un contrat était un délit — ne pouvons-nous point dire que la preuve de l'intransmissibilité primitive des dettes se trouve dans l'intransmissibilité à l'époque classique des actions pénales ?

Et puis nous savons des actions dont nous pouvons dire à quelle date, elles ont été déclarées transmissibles passivement. Nous savons qu'en 631, le préteur S. Julius refusa d'organiser une instance contre l'héritier d'un mandataire ; au contraire un de ses successeurs M. Drusus *(Cic. Ad. Her.* II, 13) qui fut préteur vers 640, y consentit. C'est donc dans la première moitié du VII[e] siècle que fut décrétée la transmissibilité des obligations du mandataire à ses héritiers. Nous pouvons également déterminer d'une façon approximative la date à laquelle il fut admis que les héritiers seraient tenus des obligations des cautions. Cette transmissibilité apparaît en effet avec la fidéjussion, or il est presque certain que ce mode de cautionnement a été introduit à Rome dans l'intervalle qui s'est écoulé entre la loi Cicereia qui n'a trait qu'aux *sponsores et fidepromissores* et qui paraît être de 581 (81), et la loi Cornelia dont le bénéfice est commun à toutes les cautions (82), et qui est certainement, à raison de

(81) Gaius, III. 122. C. Cicereius fut prêteur urbain en cette année.

(82) Gaius, III. 124. *Sed beneficium legis Corneliæ omnibus commune est.*

son nom, contemporaine de Sylla (probablement de l'an 666). L'obligation du fidéjusseur aurait donc été transmissible à ses héritiers vers la moitié du VII[e] siècle, c'est-à-dire à peu près à la même époque que l'obligation du mandataire.

C'est donc péniblement que la notion de transmissibilité a acquis droit de cité à Rome. Il en a été de même dans le droit germanique.

Dans ce droit en effet (83), et dans le droit anglais, nous voyons la preuve de l'intransmissibilité primitive dans la pratique de la promesse *pour soi et pour ses héritiers*. On s'engage ainsi que ses héritiers parce que sans cette clause, la dette ne pourrait être réclamée à ceux-ci. C'est là un expédient d'un usage général. On le rencontre fréquemment dans les écrits des jurisconsultes romains (84). Et cette *adjunctio heredis* a son équivalent dans le droit anglais sous le nom de *speciality binding the their*, ou clause liant l'héritier. L'héritier aux immeubles n'étant pas tenu des dettes de son auteur, celui-ci, pour empêcher ce résultat, était souvent contraint d'introduire dans ses obligations une clause *(speciality)* permettant au créancier de s'adresser à ses héritiers (85). Le jour

(83) Heusler. *Institutionen, p. 548, note 15.*

(84) *38 pr. I, 12 à 14; Paul. 12 ad Sab. eod., 4 pr.; 37 ad Ed. eod. 49, 2; 75 ad Ed. eod. 85, 3; 18 ad Plaut. eod. 92.*

(85) Williams. *Real property 16th édition, 1875, p. 80. Law allowed any person by any deed or writing under seal (called a special contract or speciality) to bind or charge his heirs as well as himrself with the payement of any debt.*

où la clause pour soi et pour ses héritiers devint de style, le principe de l'intransmissibilité fut ruiné.

Si cette intransmissibilité des dettes est une règle générale, pourquoi la dette de la caution y aurait-elle échappé ? Il n'y en a pas de raison. Les obligations étant personnelles, il devait en être de même de celle des cautions qui furent les premiers obligés. Et puis, cette personnalité devait être plus rigoureuse dans le cautionnement que dans les autres contrats, à cause de la nature spéciale de ce rapport de droit.

Les cautions primitives sont des obligés principaux, elles doivent être traitées comme tous ces obligés, c'est-à-dire que leur dette doit s'éteindre avec elles (86).

(86) M. Cuq qui soutient l'intransmissibilité des dettes dérivant des actes fiduciaires, conteste au contraire celle des obligations dérivant des actes solennels primitifs : *nexum, vadimonium, prædis datio*. (*Inst. jurid.*, p. 698). La cause de cette différence entre ces deux sortes de dettes serait la *damnatio*, qui, dans les actes solennels, « conférait au créancier un droit direct sur la maison de l'obligé ». Tout ce qui était soumis à la maîtrise du débiteur était à la discrétion du créancier. La dette était opposable aux héritiers en leur qualité de continuateurs de la maison. Remarquons d'abord que si ceci est exact, les héritiers du *nexus*, du *vas* ou du *præs* ne seraient pas tenus de la dette de leur auteur en vertu du principe de la transmissibilité des dettes, mais parce que le droit sur le débiteur s'étend à tout ce qui dépend de lui. Mais est-il vrai que le droit du prêteur s'étendait aux personnes qui étaient dans la maison du *nexus* ? Cela n'est pas établi d'une façon indiscutable (May. *Cours de dr. rom.*, II, 54 note 55). Et puis, si le droit résultant de l'acte solennel portait directement « sur la maison du débiteur », quelles personnes faisaient partie de la *domus* et étaient, à raison de ce fait, tenues de la dette ? Peut-on dire des *gentiles* qu'ils étaient dans la maison, et si une succession leur était déférée, que le créancier ait pu leur opposer le droit résultant d'un acte solennel passé avec le

Si l'obligation de la caution a été longtemps intransmissible, si son existence est souvent éphémère comme en Attique, si elle a conservé ce caractère, alors que la transmissibilité des dettes a triomphé, cela tient à ce que les cautions rendant un service d'ami, faisant un véritable acte de bienfaisance, le législateur a entendu limiter la durée d'une obligation, qui les exposait à une procédure rigoureuse, sans que le plus souvent il en résultât pour eux en retour un avantage sérieux. Aujourd'hui encore, il est des législations qui limitent la durée de l'obligation de la caution ; ainsi en Autriche (C. civ., art. 1367).

5. *Le droit du créancier, au cas de pluralité des cautions est un droit* AU TOUT. — Dans les législations primitives, s'il y a pluralité de cautions, le créancier peut agir *in solidum* contre chacune des cautions ; en d'autres termes, celles-ci n'ont pas le bénéfice de division. Cette indivisibilité des poursuites vient de la façon dont la caution s'oblige. Chaque caution s'oblige au tout *(vas, præs)*. Cela est vrai même des *adpromissores*, dont chacun promet *idem*. Et ce caractère de l'obligation de la caution est reconnu même par l'*Epistola Hadriani* qui ne permet de réclamer la division que par voie d'exception (87). Le droit du

decujus ? Nous ne le croyons point et nous persistons à penser que le droit du créancier sur le *vas* et sur le *præs* est intransmissible aux héritiers comme celui qu'il a sur le *sponsor*.

(31) 26, 28. *Dig. de fidejuss.* XLVI, I.

créancier contre chacune des cautions est un droit au tout, et ce n'est que par faveur que les cautions peuvent demander la division de la dette. Au contraire, lorsque la loi Furia (655) qui a décidé la division de plein droit entre les *sponsores* et les *fidepromissores* vivant au jour de la demande (88), on a méconnu la véritable nature de l'obligation des cautions. L'obligation des cautions devait être indivisible, non seulement à cause de la forme dans laquelle s'obligeait chaque caution, mais aussi en raison. En effet, lorsque plusieurs personnes s'obligent à la fois pour garantir une même dette, que doit-on rationnellement présumer de l'obligation à une partie de la chose ou de l'obligation au tout, en d'autres termes de la division ou de la solidarité ? Il nous semble qu'étant donné le but poursuivi par les cautions, c'est-à-dire le renforcement de l'obligation, on devait présumer l'obligation au tout, de la part de la caution, c'est-à-dire l'obligation qui donne la garantie maxima (89).

(88) Gaius. III, 121... *et quotquot (sponsores et fidepromissores) erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes dividitur inter eos obligatio et singuli in viriles partes obligantur.*

(89) On raisonne de la même façon dans le droit allemand actuel (le projet de Code civil excepté) lorsqu'on décide que toutes les fois qu'il y a pluralité de débiteurs, il y a solidarité. C'est le principe contraire qui triomphe dans l'art. 1220 de notre C. civil, où la conjonction des débiteurs entraîne la division de la dette. Chez nous la solidarité est l'exception, elle n'existe qu'à moins d'être expressément stipulée. Cette solution concorde avec l'esprit individualiste de notre droit, avec cette idée qu'une personne ne s'oblige que dans la limite de son intérêt, qu'elle agit pour elle seule et non pour autrui. Le droit allemand pénétré de l'idée opposée, d'une sorte de fraternité entre débiteurs conjoints devait présumer la solidarité.

Que l'obligation des cautions primitives ait été solidaire, il n'est pas permis d'en douter, lorsqu'on se souvient que le cautionnement s'est confondu primitivement avec la solidarité. L'obligation qu'impose la coutume à tous ceux qui font partie d'une famille, dont l'un des membres a commis un délit, est solidaire, de même celle qu'assument les personnes qui garantissent en même temps l'obligation d'un tiers.

Le droit hindou qui considère les cautions comme des obligés solidaires, dit d'elles « *qu'elles ont marché dans la même ombre* ».

Ce caractère solidaire de l'obligation a été contesté pour les *vades*. On a dit (90) que lorsqu'il y avait pluralité de *vades*, ceux-ci n'étaient point, comme les *cosponsores*, débiteurs corréaux ; la dette se serait divisée entre les *vades* souvent fort nombreux, comme cela se fit après la loi Furia pour les *sponsores* et les *fidepromissores*. A l'appui de cette

(90) Voigt. *Ueber das Vadim.*, p. 307, note 22. L'opinion de M. Voigt est reprise par M. Cuq qui dans ses *Institutions juridiques des Romains*, p. 383, s'exprime ainsi : « Si la somme à promettre est importante, on exige plusieurs cautions, mais chacune d'elles n'est tenue que pour sa part. Il y a là une nouvelle différence entre ces cautions et celles du droit classique qui sont tenues solidairement de toute la dette. » Pour nous, le texte de Tite-Live ne dit pas que les *vades* auraient bénéficié d'une division *ipso jure*, division que la loi Furia n'aurait fait qu'étendre plus tard aux *cosponsores*. D'ailleurs, admettre que les *vades* aient joui de la division, c'est nier par rapport à une caution très ancienne, l'existence de la solidarité entre plusieurs cautions, solidarité qui est une règle de toutes les législations primitives. Entre le texte peu précis d'un historien d'une époque postérieure et ce que nous considérons comme un principe de droit primitif, nous ne pouvons hésiter.

affirmation, on invoque ce qui se passe dans le procès de *Quinctus Cæso*, rapporté dans Tite-Live (91) et dans Denys d'Halicarnasse (X., 8), et où figurent dix *vades*. Ces *vades* devaient garantir la comparution de *Cæso* devant le peuple. On décida que chaque *vas* s'obligerait à concurrence de trois mille as, *UNUM VADEM MMM æris obligaverunt*. C'est de ce texte, répétons-nous, qu'on tire argument pour décider qu'en cas de pluralité de *vades*, le créancier ne pouvait agir contre chaque *vas*, *in solidum*. Or ce texte ne dit point que la dette totale une fois promise par les *vades* se divisait entre eux ; mais, ce qui est tout différent, qu'à raison de l'importance de la somme exigée, chaque *vas* s'engagea seulement pour un dixième de la somme totale. Dans le cas des *cosponsores* de la loi Furia, la division de la dette se fait après que chaque *sponsor* a promis le tout ; ici au contraire la division se fait avant la promesse, chaque *vas* ne s'oblige que pour une quote-part. Le texte de Tite-Live doit donc être laissé de côté lorsqu'on recherche l'étendue de l'obligation de chaque *vas* au cas de pluralité de *vades*.

Il nous semble que pour résoudre cette question, il suffit de ne point perdre de vue : 1° que l'obligation du *vas* était, comme l'indique l'étymologie du mot

(91) *Appellati tribuni medio decreto jus auxilii sui expediunt : in vincla conici velant ; sisti reum pecuniamque, ni sistatur, populo promitti placere pronuntiant. Summam pecuniæ quantam æcum esset promitti, veniebat in dubium ; — vades dare placuit unum vadem M M M æris obligaverunt.*

vas (lien), une obligation principale ; 2° que les *vades* qui sont antérieurs aux *cosponsores* ne devaient pas être mieux traités que ces derniers. Or Gaius (III, 122) nous dit formellement qu'avant la loi Furia les *cosponsores* ne pouvaient se prévaloir de la division, étaient tenus au tout « *ante legem Furiam.....*, *quo tempore in solidum obligabantur.* » Nous concluons donc que *vades*, *prædes*, *sponsores*, étaient tenus solidairement avant la loi Furia.

Le bénéfice de division est également absent de notre ancien droit coutumier. Chaque plège pouvait être poursuivi pour le tout par le créancier. Dans un passage de Beaumanoir (92), un plège ne conteste point cette qualité, mais soutient qu'ayant dix compagnons comme lui plèges, il ne peut être contraint à faire plègerie que pour un dixième. Il fut jugé que le créancier pouvait bien suivre lequel des plèges il voudrait pour le tout (93).

L'une des cautions pouvant être contrainte à payer toute la dette, on finit par admettre qu'elle avait le droit de recourir contre les autres, à raison de la société qui existait entre eux. A Rome, ce progrès fut réalisé par la loi Appuleia (94), dont Gaïus dit

(92) Beaum. XLIII, 7.

(93) Même doctrine dans la Coutume de Montpellier et dans les anciennes constitutions du Châtelet de Paris (*Coutume de Paris*, de Laurière, tome III, p. 265 et 268).

(94) Selon Rivier, la date de cette loi serait 364 de Rome; mais l'opinion d'Appleton (*Etude sur les sponsores*) qui la place en 652 est plus généralement admise.

qu'elle introduisit entre les *sponsores* et les *fidepromissores* une certaine société, *quamdam societatem*. Ce recours pénétra difficilement dans notre droit coutumier (95). Admis par Beaumanoir, il est, chose curieuse, fondé comme dans Gaïus sur l'idée d'une *compagnie*, c'est-à-dire d'une *société* existant entre les cofidéjusseurs..... « *et cil qui estoit sivis de plegerie avait action des devant dis compaignons contre eus qu'ils li fissent compaignie* (96) ».

§ II

Réalisation du droit du créancier

Le droit du créancier sur la caution a été étudié. Il nous reste à voir la réalisation de ce droit.

La procédure d'exécution sur la caution de l'ancien droit romain a plus d'un trait commun avec celle qui avait cours contre les fidéjusseurs germaniques. Elles étaient très rigoureuses; l'une et l'autre sont des procédures primitives.

Nous avons vu que le débiteur germanique, et il en était de même de la caution, put pendant longtemps être mis à mort comme le débiteur de la loi des XII Tables ; et que la condition des débiteurs

(95) Ancienne Coutume du Châtelet de Paris (Laurière, *C. de Paris*, III, 268, 269).

(96) Il en était de même dans le droit hindou. Il n'y avait division au cas de pluralité de cautions que s'il y avait entre elles un lien, c'est-à-dire une société.

emprisonnés au temps des Assises de Jérusalem, différait peu de celle des *nexi* enfermés dans l'*ergastulum*, au temps des Décemvirs.

De plus, la contrainte par corps de notre ancien droit, devait peu différer de la *mànus injectio*. Comme celle-ci, elle devait être surtout un acte de justice privée. La notion d'État, relativement développée à l'époque germanique, fut considérablement affaiblie avec la féodalité, à raison du morcellement de la souveraineté. Aussi, en ce temps d'anarchie, la réalisation du droit dut être abandonnée à l'initiative individuelle. Procédure d'initiative privée, c'est aussi le trait distinctif de la *pigneratio* ou saisie réelle que le créancier pouvait exercer sur les fidéjusseurs germaniques et sur les plèges. Le créancier procédait lui-même à la saisie, mais de plus il exécutait de son autorité propre les meubles de la caution, c'est-à-dire que le droit de saisir ne dépendait pas d'une décision préalable de justice.

Manus injectio, *saisie privée* de notre très ancien droit coutumier sont l'œuvre de l'individu lui -même ; l'homme réalise lui-même son droit, il agit, comme disent les Allemands, par la voie de la *Selbsthülfe*. L'État n'y intervient point par ses représentants. Ceux-ci n'apparaissent dans cette procédure que si le débiteur qui a été l'objet de la mainmise ou dont les meubles ont été pris en gage, conteste le droit du créancier. C'est seulement avec le procès en validité de saisie que la procédure devient judiciaire.

Comme dans la plupart des législations primitives, la saisie n'est pas alors la conclusion d'un procès, sa porte de sortie, mais plutôt sa porte d'entrée. Le créancier exécute d'abord le débiteur ; ensuite celui-ci appelle à son secours l'État pour que celui-ci dise si la saisie a eu lieu à bon droit. C'est ce qu'on exprime en disant que les saisies primitives sont le plus souvent introductives d'instance (97).

En étudiant l'exécution des cautions du droit romain et de notre ancien droit, nous ferons davantage ressortir les traits primitifs de ces procédures.

Le *vindex*, le *præs*, le *vas* (98) étaient traités comme des *nexi*. Leurs corps répondaient de leurs obligations : *corpus debitoris obnoxium*. Il en sera de même des *sponsores* et des *fidepromissores* jusqu'au jour où, grâce au préteur, l'exécution sur les biens supplante l'exécution sur la personne. Si les cautions romaines ne payaient point, elles étaient sous le coup d'une *manus injectio*. En exécutant la personne de la caution, le créancier atteignait indirectement son patrimoine. La *manus injectio* est un acte solennel

(97) Collinet. *Legis actio per pignoris capionem.* (Th.)

(98) Selon Voigt. *Ueber d. vad.* p. 316, le moyen juridique de recouvrement de la créance serait dans le *vadimonium publicum* (procès criminel) les voies indiquées par le droit public, p. ex. la *pignoris capio* et dans le *vadimonium privatum*, l'action *vadimonii deserti*. Puis il ajoute que cette action portant sur *dare certam pecuniam*, tombait sans aucun doute d'une façon normale sous la *legis actio sacramenti*. Il semble plus exact de conjecturer que les cautions primitives de Rome étant des débiteurs principaux étaient traitées comme les vrais débiteurs, c'est-à-dire exposés à la voie d'exécution extrajudiciaire unique : la *manus injectio*.

de justice privée. Le créancier après avoir fait connaître à haute voix la cause pour laquelle il procède à la *manus injectio*, met la main sur son débiteur. Gaïus nous décrit cette scène au Com. IV, § 21 (99). Par elle-même la *manus injectio* n'est pas un procès, mais elle peut conduire à un procès. La validité de la mainmise sur la caution pourra être contestée : c'est alors que le procès naîtra, que la procédure deviendra judiciaire.

Ce qui caractérise la *manus injectio*, c'est : 1° qu'elle peut avoir lieu en l'absence d'une décision de justice ; 2° qu'elle est l'œuvre de l'individu lui-même ; 3° qu'elle est une procédure introductive d'instance. Ce sont là des caractères communs aux procédures primitives.

La *manus injectio* pouvait avoir lieu sans jugement préalable. En effet, Gaïus met sur la même ligne au point de vue de la *manus injectio*, le judicatus et le *damnatus*. Le *nexus*, le *vas*, le *præs* sont des *damnati*. Ils ont en effet reconnu dans un acte solennel, *nexum*, *vadimonium*, *prædis datio*, le droit d'une personne sur eux. Pourquoi subordonner à un jugement la mainmise sur les débiteurs qui ont proclamé leur dette dans un acte public ? A quoi bon exiger la présence du magistrat dans une affaire où le droit du

(99) *Quæ actio talis erat, qui agebat sic dicebat* : QUOD TUBI MIHI JUDICATUS (*sive* DAMNATUS) ES SESTERTIUM X MILIA QUANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIUM JUDICATI MANUM INJICIO, *et simul aliquem partem corporis ejus prehendebat.*

créancier n'était contesté ni dans son existence, ni dans son étendue. En permettant la *manus injectio* directe contre les *damnati* l'ancien droit romain se montre fidèle à cette règle des législations primitives, qu'il ne faut faire intervenir le magistrat dans les affaires privées, qu'en cas de nécessité bien établie.

Non seulement la *manus injectio* peut avoir lieu sans jugement préalable, mais elle est exécutée par le créancier seul. La mainmise a lieu en dehors de la présence du magistrat, *extra jus*. Cela résulte du texte de Gaïus qui, après avoir décrit la scène de la *manus injectio* ajoute : *nec licebat judicato manum depellere et pro se lege agere*. La procédure *in jure* ne commence qu'en cas de contestation du droit du créancier. Si ce conflit ne s'élève pas, tout se passe *extra jus* (100). Il en est ainsi d'ailleurs dans une procédure voisine, la *pignoris capio*, acte de justice privée elle aussi, mais qui au lieu d'être une saisie personnelle, était une saisie réelle. Gaïus rapporte en effet qu'elle n'avait pas lieu en présence du magistrat — *extra jus peragebat, id est non apud prætorem* (IV, 29).

C'est un fait général dans le droit primitif, que les voies d'exécution soient laissées à l'initiative privée (101). La *manus injectio* ne devenait une

(100) Ihering. *Esprit du droit romain*, I, p. 153 et s.

(101) Ainsi dans le droit germanique — le droit scandinave — dans la saisie privée du droit irlandais longuement décrite dans le Senchûs Mor. (*N. R. H.* 1888 *à* 1892).

procédure judiciaire que si le débiteur, ou plus exactement un tiers appelé *vindex* attaquait la validité de la mainmise. Elle était donc introductive d'instance. Si la caution appréhendée niait la créance ou son quantum il y avait *infitiatio*, elle ne pouvait elle-même agir en justice ; il fallait qu'un tiers intervînt pour elle. C'était ce tiers qui plaidait devant le magistrat. Celui-ci ne prenait part à la procédure que pour décider de la validité de la mainmise sur le débiteur.

Ces traits dont la réunion donne à la *manus injectio* la physionomie d'une procédure primitive, se retrouvent plus ou moins accentués dans la saisie réelle des fidéjusseurs germaniques ou des plèges.

A l'origine, le créancier germanique agit d'ordinaire vis-à-vis du fidéjusseur par voie de *pigneratio*, c'est-à-dire de saisie privée (102). Par cette *pigneratio* le créancier s'empare lui-même des meubles du débiteur dont il devient ainsi propriétaire. Celui qui usait injustement de cette voie de droit subissait une forte amende (103) : aussi la *pigneratio* ne donnait pas lieu aux abus qu'on pourrait croire.

Cette *pigneratio* présente des caractères connus, elle n'exigeait point un jugement préalable, était l'œuvre non de la puissance publique, mais d'un particulier, enfin pouvait être le point de départ d'une

(102) Esmein. *Deuxième étude*, p. 91.
(103) Roth. 264, *Liutpr.* 41.

action *ex delicto* si celui qui la pratiquait n'était pas créancier. Le rapprochement est donc facile entre la *pigneratio* et la *manus injectio,* sauf toutefois en ce qui concerne la M. I. intentée à tort.

Avec la fondation des grands royaumes barbares, la *pigneratio* que nous avons rapidement décrite se modifia. La notion d'État se dégageant, le rôle de l'individu dans la saisie fut plus ou moins diminué suivant que l'État fut lui-même plus ou moins fort. Certains *leges* conservèrent l'antique *pigneratio.*

D'autres (104) la modifièrent en la soumettant à

(104) Loi Salique. *Ex fide facta 50. 1* (éd. Hessels). Dans cette loi est décrite au titre 50 la procédure contre le débiteur qui a promis *ex fide facta.* Nous savons en effet que le fidéjusseur frank s'engageait dans la forme de la *fides facta.* Dès que le terme est échu, le créancier débute par la première sommation de payer. Il se rend à la maison du débiteur *cum testibus vel cum iis qui precium adpreciare debent.* Le paiement consistant alors en une dation en paiement, il était nécessaire que des experts accompagnassent le créancier pour procéder à la prisée des meubles qu'il s'attribuait. Si le débiteur ne veut pas s'exécuter, *noluerit ei fidem facere,* une première amende de quinze sous intervient contre lui. Cette sommation extrajudiciaire porte le nom de *testare.* Le *testare* est renouvelé une deuxième fois : *si adhuc noluerit componere.* Après cette double sommation le créancier sort pour se rendre au *mallum* pour demander au *thunginus* son *nexti canthichio,* c'est-à-dire la déclaration du ban, ban qui permettra à la partie d'exécuter elle-même la saisie extrajudiciaire. Dans le texte de *fide facta,* on voit le créancier demander la *nexti canthichio* et le *thunginus* le lui accorder en ces termes : *nexthe ganthichio ego illo in hoc quod lex salega ait.* Le ban étant émis sur les meubles du débiteur, le créancier recommencera ses sommations. Celles-ci doivent être renouvelées trois fois, à une semaine d'intervalle. A chaque sommation correspond une amende de trois sols. La triple *testatio* ayant eu lieu le créancier peut procéder à la saisie extrajudiciaire. Comment s'opère cette exécution ? Le créancier opère-t-il seul ou avec l'assistance du comte ? Il y a discussion sur ce point. Sohm conclut qu'elle pouvait avoir lieu en dehors de l'intervention du

une autorisation du juge ; d'autres enfin la supprimèrent en décidant que la saisie ne pourrait avoir lieu qu'en vertu d'une décision de la puissance publique et que celle-ci pourrait seule y procéder (105).

Mais, et c'est là un point commun au droit germanique et à notre ancien droit coutumier, dans les États barbares où la *pigneratio* fut supprimée, elle subsista dans une hypothèse particulière : la *fidejussion*. Dans notre ancien droit la créance sur la caution fut toujours vue avec faveur : le créancier n'ayant fait crédit au débiteur qu'en considération de la solvabilité de la caution, la coutume mettra à sa disposition une procédure rapide qui lui fera trouver dans le cautionnement une sécurité aussi grande que dans les sûretés réelles. Alors que la procédure sommaire de la *pigneratio* sera bannie du droit, elle subsistera au profit d'une minorité de créanciers intéressants. C'est ainsi qu'au Moyen Age, et même plus avant dans notre droit, il fut permis de la pratiquer contre les forains, contre les locataires, et principalement contre les *plèges*.

comte. En résumé, malgré sa complexité apparente, la procédure *ex fide facta* est assez simple. Elle est surtout l'œuvre du créancier : elle n'est pas subordonnée à une décision préalable de justice ; la saisie est seulement soumise à l'autorisation du juge ; le créancier y procède probablement lui même. Cette saisie si elle était pratiquée injustement donnait lieu à une action délictuelle qui permettrait à la victime d'obtenir une forte composition (Sohm. *trad.* Thévenin. *Bibliothèque de l'Ecole des Hautes Etudes, fasc. n° 13,* p. 13 et ssq.)

(105) Loi des Wisigoths, — des Bavarois, — édit. de Théodoric.

La saisie privée contre le plège est traitée avec un grand luxe de détails dans nos coutumiers du XIII[e] siècle : Livre de Jostice et de Plet, Établissements de Saint-Louis. Dans la coutume de Beauvoisis, Beaumanoir qui fut bailli et sénéchal et qui, à raison de ses fonctions judiciaires, devait être hostile à la saisie privée, nous apprend (XLIII-15) que dans le comté de Clermont où il exerça les fonctions de bailli, nul homme ne peut « prendre » son plège par abandon *sans se plaindre à justice*, et il ne fait exception que pour certaines châtelleries où la saisie privée est encore tolérée.

La seule condition à laquelle elle fût subordonnée était que le créancier devait attendre l'échéance du terme, sinon il était, nous dit Beaumanoir, passible de dommages-intérêts et d'une amende de soixante sous. Une autorisation de justice n'était pas nécessaire au créancier comme dans la *pigneratio* salique. Le créancier demandait à la caution de « faire comme bon plège ». Si celui-ci ne payait point ou ne remettait pas de gage *(namp)*, la saisie privée intervenait.

Le créancier s'emparait lui-même des meubles de la caution, — les meubles seuls sont alors le gage du créancier.

Mais le droit du créancier sur les objets saisis qui, dans la loi salique (note 104), consistait dans l'acquisition immédiate de la propriété des meubles se modifie dans nos coutumiers. Le créancier n'avait

plus que le droit de vendre ou de faire vendre les meubles saisis sur le plège pour se payer sur le prix. Mais on avait des doutes sur la validité d'une vente faite sans le consentement du propriétaire ; de là des délais entre la saisie et la vente, afin de permettre au plège de payer et de rentrer en possession de ses meubles, et la faculté de retrayer accordée au plège dont les meubles ont été vendus.

Que se passait-il au cas où le plège contredisait la saisie privée ? Cette contradiction pouvait se faire de deux manières. Il était permis au plège de s'opposer par la force à la saisie du créancier. Le débiteur pouvait faire rescousse : il opposait la force à la force. La justice était appelée à se prononcer sur le bien fondé de la rescousse. Le créancier repoussé devait faire la preuve de son droit, sinon il était dit que la rescousse avait eu lieu à bon droit et le créancier était puni d'une amende. Au cas contraire, c'était au plège qu'elle était infligée. Dans Beaumanoir, celui qui a fait injuste rescousse est condamné aux amendes de soixante sous, ou de soixante livres s'il est gentilhomme. — Un autre mode d'opposition, certainement de date plus récente, consistait à laisser le créancier opérer la saisie. Ensuite le plège, comme le fidéjusseur germanique, attaquait le créancier pour saisie faite à tort. Si le plège réussissait dans sa preuve, il obtenait à la fois la restitution de ses meubles saisis et une amende.

En résumé, si l'on se souvient d'une part de la

condition misérable de ceux qui étaient l'objet de la contrainte par corps, soit dans l'ancien droit romain, soit dans le nôtre — et d'autre part des caractères de procédure primitive que présentent la *manus injectio*, la *pignoratio* germanique, la *saisie privée* de notre droit coutumier, on est obligé de convenir qu'anciennement, à Rome comme chez nous, la réalisation du droit du créancier sur la caution se faisait de façon à peu près identique.

CHAPITRE III

RAPPORTS DE LA CAUTION ET DU DÉBITEUR PRINCIPAL

De nos jours, la caution qui a payé pour le débiteur principal, le codébiteur solidaire qui libère les autres codébiteurs peuvent recourir contre ceux-ci, soit par l'action de mandat, soit par celle de gestion d'affaires. Le recours a également existé au profit des cautions primitives. Cela se conçoit d'autant mieux que nous savons que la caution était alors exposée la première aux coups du créancier, et que celui-ci pouvait obtenir satisfaction, grâce à une procédure aussi rigoureuse qu'expéditive. Un recours fortement organisé, telle est la compensation réservée aux cautions du droit primitif.

Ce recours avait un caractère pénal. La caution qui avait payé poursuivait moins le remboursement de son avance que l'obtention d'une peine. C'est que, dans les législations primitives on voit un délit dans le fait par le débiteur principal, d'avoir laissé poursuivre et payer la caution. La conséquence de ce délit sera une peine : tantôt la réprobation de l'opinion publique, tantôt une amende.

D'après les Codes brahmaniques « la caution qui a payé pour le débiteur a un recours au double contre

celui-ci. » Dans le droit irlandais il y a amende contre le débiteur qui ne paie pas sa caution (106).

A Rome et chez nous, ce caractère pénal subsiste. A Rome, le *sponsor* peut obtenir une peine du *reus* qui ne paie pas. Les devoirs réciproques résultant du mandat ayant été sanctionnés assez tard, vers la fin de la République (107), la caution ne pouvait recourir contre le débiteur par l'action *mandati contraria*. Cependant la nécessité d'un recours s'imposant, il fallut bien de bonne heure que le préteur et la loi s'occupâssent de la situation faite à la caution qui payait.

Cette lacune fut comblée pour le *sponsor* par la loi Publilia que l'on dit avoir été proposée par Q. Publilius Philo en 427 (108). Elle donne au *sponsor* l'action *depensi* (109) qui permet d'obtenir le double du débiteur qui nie sa dette. De plus, si le débi-

(106) Dareste., p. 113 et 368.

(107) Le mandat fut sanctionné dans le premier tiers du VII[e] siècle, la *negotiorum gestio* entre 672 et 710, les contrats innommés au commencement de l'Empire. (Voigt. *Ueber das vadim.*, p. 304, note 13).

(108) Voigt. *Jus Naturale*, 423.

(109) Gaius. III, 127. *In eo quoque par omnium (sponsores, fidepromissores, fidejussores) causa est quod si quid pro reo soluerint, ejus reciperandi causa habent cum eo mandati judicium. Et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quæ appellatur depensi.* Puis au Comm. IV, § 39. Gaius nous montre cette action croissant au double *adversus infitiantem. Rem vero et pœnam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus : quod accidit per actionem..... depensi.*

teur, dans les six mois à dater du payement, n'a pas remboursé la caution, la loi permet à celle-ci d'agir sans jugement contre lui par la *manus injectio pro judicato*, c'est-à-dire de le traiter comme s'il avait été *judicatus* (110). L'action *depensi* et la *manus injectio pro judicato* que la loi Publilia donne au *sponsor* contre le *reus* ne faisaient pas double emploi. Le *sponsor* avait le choix entre la *M.I. pro judicato* qui lui permettait de poursuivre le *reus*, sans jugement, *manus injectio* que la loi Publilia n'a fait qu'étendre des cautions primitives *(vas, præs, vindex)* au *sponsor* — et l'action *depensi* par laquelle la caution pouvait obtenir le double *adversus infitiantem*. Lorsque la *manus injectio* tomba en désuétude, l'action *depensi* seule subsista.

Le caractère pénal du recours du *sponsor* se manifesta d'une autre façon : lorsque la loi Vallia (commencement du VI[e] siècle ; Gaïus, IV, 25) vint permettre à tous les débiteurs qui étaient l'objet d'une *manus injectio*, de contester la mainmise eux-mêmes, c'est-à-dire sans *vindex*, « *sibi manum depellere et pro se lege agere* ». Il fut fait exception pour certains débiteurs : le *judicatus* et celui *pro quo depensum est :* le débiteur principal, *reus*, ne pouvait

(110) Gaius. IV, 22. *Postea quædam leges ex aliis quibusdam causis pro judicato manus injectionem in quasdam dederunt : sicut lex Publilia in eam pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis quam pro eo depensum esset non solvisset sponsori pecuniam.*

donc contredire lui-même à la *manus injectio*, il lui fallait un *vindex* (111).

Enfin, s'il est vrai, comme on l'a conjecturé (112), que le préteur joignit ses effets à ceux de la loi pour assurer à la caution un recours contre le *reus*, s'il est vrai qu'il avait promis une action récusoire *in factum* aux cautions autres que les *sponsores*, le droit romain nous fournit une nouvelle preuve que le droit primitif considère que le débiteur principal qui ne rembourse point la caution, commet un délit. Nous savons en effet que l'action *in factum* est un mode de sanction des délits.

Puisque l'idée de peine se trouve dans le recours des *adpromissores*, a fortiori devons nous la rencontrer dans celui des cautions antérieures : *vindex*, *vas*, *præs*. On sait que plus on remonte le cours du droit, plus l'idée de peine apparaît rigoureuse.

Gaïus ne nous apprend rien du recours de ces cautions primitives qui avaient disparu de son temps. Cependant on admet généralement qu'elles puisaient dans le *depensum* le droit de répéter ce qu'elles avaient avancé. Voigt après avoir montré que le *vas* ne pouvait agir contre le *reus* par les actions de mandat ou de gestion d'affaires, nous dit que « l'instant

(111) Le caractère favorable de l'action *depensi* persiste à l'époque classique : 1° la *summa vadimonii* sera dans l'action *depensi* égale au *quanti ea res erit*, G. IV, 186. — 2° le *sponsor* peut exiger la *cautio judicatum solvi* alors même que le débiteur défend lui-même à l'action. Gaius, IV. 25 et 102.

(112) Cuq. *Inst. jurid.* p. 651 et la note 5.

produisant l'obligation était placé dans la *depensio* opérée par le *vas* (113). L'action *depensi* serait donc antérieure à la loi Publilia.

D'autre part, le *vindex*, le *præs*, le *vas* avaient la *manus injectio pro judicato* que la loi Publilia étendit plus tard aux *sponsores* (114).

Toutefois ce recours ne pouvait être exercé qu'à la condition que la caution n'eût pas subi de *capitis deminutio maxima* à la suite de la *manus injectio* du créancier. En effet, de deux choses l'une : le *vindex* donnait satisfaction au créancier, ou il ne le payait point. Dans cette deuxième hypothèse, le décret du magistrat l'attribuait au créancier qui avait désormais le droit de le vendre, *trans Tiberim*. Ainsi vendu, le *vindex* devenait esclave et était *capite minutus ;* cette *capitis deminutio* le faisait considérer comme mort juridiquement. Les droits dont il était titulaire s'éteignaient, le droit au recours contre le *reus* comme les autres. Le *vindex* ne pouvait donc exercer un recours que dans le cas où, ayant succombé sur son intervention, il avait désintéressé le créancier. La même impossibilité d'agir contre le débiteur, atteignait le *vas* et le *præs* qui étaient vendus.

(113) Voigt. *Ueber das Vad.*, p. 304 et 305. Il cite à la note 5 un exemple d'action récursoire qui se trouve dans le procès de Q. Cæso (Liv. III, 13, 8. — Dion, X, 8). Les *vades* ayant payé, à cause de la non comparution de Cæso devant le peuple *(vadimonii desertio)* exercèrent un recours contre son père.

(114) Karlowa, p. 189. — Voigt, p. 447.

Ce peut être un sujet d'étonnement de voir ainsi interdire à la caution qui a été réduite en esclavage, tout recours à raison du service qu'elle a rendu. Mais c'est là une conséquence fatale de la *capitis deminutio* de celui qui est vendu. Et l'on sait avec quelle rigueur inflexible les Romains déduisaient les conséquences de leurs postulats juridiques ! D'ailleurs, le refus de l'action récursoire à raison de la *capitis deminutio* était probablement plus théorique que pratique. Rares devaient être les débiteurs qui laissaient vendre leurs garants qui ordinairement leur étaient unis par les liens puissants de la parenté ou de la clientèle. Ils savaient que les peines religieuses, l'*ignominia* les attendaient. Aussi devaient-ils mettre en mouvement toute l'activité qu'ils pouvaient déployer pour empêcher les créanciers de se servir des moyens ultimes.

Dans le droit germanique, si le fidéjusseur occupe une position avancée, on lui donne aussi un recours contre le débiteur, et ce recours tend à l'obtention d'une peine. Le débiteur principal qui laisse exécuter la caution est passible d'amendes élevées, car il « cause du dommage au fidéjusseur ». La loi des Francs Chamaves (115) inflige au débiteur la peine du double : *ille qui precatur adrhamire duplum componere faciat.* Dans un capitulaire de 785 (116) il

(115) *Lex Franc. Chamav.* C. 16.

(116) *C. 27.* Pertz. *I, 50..... debitor fidejussoris duplum restituat pro eo quod fidejussorem in dammum cadere permisit.*

est dit que « le débiteur du fidéjusseur doit restituer à celui-ci le double du dommage qu'il a causé. » D'autre part la loi de Luitprand punit la caution d'une amende de vingt sous, et la loi de Burgondes décide que si le fidéjusseur est obligé de payer *de suo*, il peut agir au triple contre le débiteur..... *in triplum ab eo quem fide dixit impleatur quicquid fidejussorem in hac causa solvisse constiterit* (117).

Enfin, et c'est là un trait caractéristique du droit germanique, la caution peut, *avant toute poursuite du créancier*, procéder à une saisie de garantie sur le débiteur principal. Le fidéjusseur prenant les devants peut user d'une *pigneratio* de précaution. Il saisit lui-même les meubles du débiteur pour les donner en paiement au créancier (118).

Le recours énergique des *leges* a passé dans notre droit coutumier. La saisie anticipée des meubles du débiteur par le plège était connue dans quelques coutumes du Midi (119). Beaumanoir nous montre que le plège devait être complètement indemnisé des conséquences de la plègerie. Dans le Livre : XLIII de la Coutume de Beauvoisis, de nombreux passages ont trait au recours. Il y est souvent question des plèges qui veulent « ravoir leurs dommages », et Beauma-

(117) Luitpr. 39. — Lex Burg.. XIX. 8.

(118) Luitpr. 40..... et *ipse fidejussor eum* (le débiteur principal) *pigneravit et pignera ipsa ad creditorem ejus dederit.*

(119) Esmein. *Deuxième étude*, p. 37.

noir s'exprime ainsi à leur égard : « *Qui met autrui en plègerie, il le doit délivrer de peine, de coust et de damaces, aussi nettement comme il estait lorsqu'il fut mis en peine.* »

TROISIÈME PARTIE

APPLICATION OU UTILITÉ PRATIQUE DU CAUTIONNEMENT DANS LE DROIT PRIMITIF

SOMMAIRE. — *Considérations sur la fonction du cautionnement*, soit dans les conventions, soit dans la procédure du droit primitif. — Déclin du cautionnement conventionnel et procédural dans le droit moderne.

Chapitre premier. § Ier. — *Le cautionnement dans les conventions.* Cautionnement conventionnel romain : les *vades*, les *prædes*, leur rôle respectif ; leur confusion originaire ; leur destinée dans le droit romain. Cautionnement conventionnel du droit germanique et de notre très ancien droit coutumier. — § 2. Les deux caractères du cautionnement conventionnel : 1° sa fréquence ; 2° la pluralité des cautions.

Chapitre II. — *Le cautionnement dans la procédure.* § 1. Le cautionnement dans le procès romain : *vas* (de *dilation*, de *citation*, de *comperendinatio ; præs ; vindex.* — § 2. Le cautionnement dans le procès germanique et le procès féodal : la *firmancia ;* la *plégerie d'être à droit* et celle de *venir en court*, d'après Beaumanoir.

Dans les deux parties précédentes, le cautionnement a été étudié au point de vue de son acte générateur, de la nature de l'obligation qui dérive de cet acte, des effets de cette obligation. Nous avons montré que dans le droit romain primitif et dans notre

très ancien droit, le cautionnement présente, à ces points de vue, des caractères identiques. Nous retrouverons cette identité non moins frappante à propos de l'utilité pratique du cautionnement. Soit à Rome, soit chez nous, le cautionnement a rendu primitivement les mêmes services. Dans les deux législations sa fonction est la même.

Le cautionnement primitif a un double rôle. La caution garantit des obligations ordinaires, souvent aussi de simples *devoirs*, et des obligations de procédure. Elle est tantôt contractuelle, tantôt procédurale.

Dans les contrats, la caution promet l'exécution de l'obligation imposée au débiteur principal. Tel est le rôle du *vas* lorsqu'il garantit l'obligation du *nexus* ou encore quand il fortifie l'obligation de garantie qui incombe au mancipant ; tel est celui du *præs* qui promet l'exécution d'une dette contractée, envers la République, — tel est chez nous le rôle du fidéjusseur frank ou du plège.

Dans le procès, la caution garantit soit la comparution de l'une des parties, soit une certaine preuve, soit enfin l'exécution de la sentence. Ainsi le *vas* n'est pas seulement une caution ordinaire, c'est aussi, et surtout, une caution procédurale. Il promet la comparution du défendeur *in jure* ou *in judicio* — de même le plège garantit dans la procédure féodale que le défendeur « *viendra en court* ». Le *vindex* prend sur lui les suites du procès, — de même le

plège *d'être à droit (stare in judicio)* responsable de « *toute la querelle* », c'est-à-dire de toutes les conséquences du procès.

On peut dire que la fonction du cautionnement est encore aujourd'hui la même. Ceci est exact. Nous connaissons en effet les cautions judiciaires à côté des cautions conventionnelles. Mais si le rôle du cautionnement est le même, il a été bien diminué.

Dans les conventions, le cautionnement n'est plus comme jadis la garantie par excellence. La caution a été remplacée par l'hypothèque. Le crédit personnel a été supplanté par le crédit réel. La pluralité des obligés pour une même dette qui était la règle aux temps où la solidarité familiale entretenait les sentiments altruistes est l'exception dans nos civilisations individualistes.

Dans la procédure, le cautionnement a également perdu bien du terrain. Pourquoi le demandeur voudrait-il aujourd'hui qu'un tiers assurât la comparution du défendeur en justice ? Pourquoi exigerait-il qu'une caution garantît l'exécution du jugement ? A quoi bon toutes ces précautions, lorsque l'État qui se consacre de plus en plus au service de la justice met à la disposition des particuliers de puissants moyens de contrainte qui leur procurent, aussi sûrement que toutes les cautions du droit primitif, la comparution de l'adversaire et l'exécution du jugement rendu à leur profit.

Le cautionnement recule donc devant les sûretés

réelles. La garantie terrienne vaut mieux que la garantie personnelle. On ne croit plus à l'homme, on croit à la terre, on croit aux choses comme ce Thelesinus qui ayant refusé à Martial de lui prêter le moindre argent, autrement que sur bonne hypothèque, se vit décocher par le poète une fine épigramme où se lisent les deux vers suivants (1) :

Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali
Credis colliculis arboribusque meis.

(1) Martial. Epig. XII, 25.

CHAPITRE PREMIER

LE CAUTIONNEMENT DANS LES CONVENTIONS

§ 1er

A. *Ancien droit romain.* — A Rome, le cautionnement fut un acte très fréquent ; qu'on se place au début ou à l'époque de la maturité du droit romain.

Au début, la fonction du cautionnement est accomplie dans les conventions par la *vadis* et la *prædis datio*. Nous aurons à déterminer le domaine respectif de chacune des cautions, à indiquer les obligations (1*bis*) qu'elles viennent renforcer.

Si l'on en croit les définitions de Festus et de Varron, le champ d'action respectif de chacune de ces cautions était bien délimité. Varron (L. l. VI, 8, 74) définit ainsi le *vas* : *vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat*. La définition du *præs* est donnée par Festus : *præs est is qui* populo *se obligat interrogatusque a magistratu, si præs sit, ille respondet* : *præs*.

Le *præs* diffère donc du *vas* en ce qu'il garantit une créance de l'État. L'un est donc une caution du droit public, l'autre du droit privé.

Vadis datio. — A l'époque des XII Tables, la

(1*bis*) Plus on remonte dans le droit romain, plus ces cautions devaient garantir des *devoirs*. Impossible d'énumérer ces *devoirs*, ce serait faire l'histoire des progrès de la notion d'obligation, l'histoire des conventions *sanctionnées*.

vadis datio comportait plusieurs applications en matière civile. Comme l'indique Varron *(consuetudo erat, cum reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret)*, toutes les fois que le *reus* n'offrait pas dans sa personne une garantie suffisante, il s'adjoignait un *vas*. Ainsi les *vades* devaient intervenir fréquemment dans le *nexum*, la *dotis dictio* (2).

Il est une autre application de la *vadis datio* dans les contrats, dont l'existence nous est encore révélée par Varron. Cet auteur nous apprend que les vendeurs de fonds de terre, étant tenus de la garantie *(auctoritas)* envers leurs acheteurs, voulaient souvent éviter d'être astreints à fournir des *vades* pour cette obligation. Aussi prirent-ils l'habitude d'annoncer, lors de la mise aux enchères, qu'ils ne donneraient pas de *vades*, *vades ne darent* (3). Si les vendeurs prenaient cette précaution, c'est donc qu'ordinairement la *satis datio secundum mancipium* se faisait à l'aide de *vades* (4). D'ailleurs à quels autres procédés de garantie aurait-on pu recourir dans l'ancien droit privé ?

Si les *vades* garantissaient l'obligation du vendeur, il en était de même de celle de l'acheteur. On sait que les décemvirs posèrent en principe que l'acheteur ne serait autorisé à garder la chose qu'après en avoir payé le prix ou fourni une satisfaction équi-

(2) Voigt. *Ueber das vad.*, p. 312 et note 42.

(3) *A quo caveri postea lege cœptum est ab his, qui prædia venderent, vades ne darent* (Varron. L. l. VI, 8, 74).

(4) Voigt. *Ueber das Vad.*, p. 310. Cuq. *Inst. jurid.*, 382, note 2.

valente. C'est cette règle que rapporte Justinien aux Institutes (II., 41) (5). On s'accorde à reconnaître que ce texte n'exprime pas le droit en vigueur au temps des XII Tables. *L'expromissio* qui résulte d'une novation par changement de débiteur et qui exige par conséquent une stipulation, était certainement inconnue au temps des XII Tables. Et l'on sait que c'est longtemps après cette loi, probablement à la fin de la République, que le *pignus* fut sanctionné par le préteur et par le droit civil. *L'expromissor* dont parle Justinien ne serait-il pas un *vas?* D'autre part ne savons-nous point que la *vadis datio* donnait au créancier un « gage vivant ». On comprend qu'une garantie telle que la *vadis datio* ait été assez puissante pour produire le même effet qu'un paiement : le transfert de la propriété à l'acheteur (6). Les droits conférés par la *vadis* ou la *prædis datio* valaient de l'argent comptant.

Prædis datio. — Jusqu'ici, il n'a été question que des créances du droit privé. Celles du droit public étaient garanties par la *prædis datio*. Passons rapidement en vue ces créances, pour donner une idée de l'application de ce cautionnement.

En principe, tous les citoyens qui étaient tenus en-

(5) *Venditæ vero res et traditæ non aliter emtori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit : veluti* expromissore aut pignore dato.

(6) L'intervention du *vas* dont la vente comme garant du paiement du prix ne fait pas de doute pour Voigt : *Ueber das vadim.* p. 312. — Cuq. p. 262.

vers la République *(mancipes)* devaient fournir des *prædes* (7). Il en était ainsi dans les cas suivants. Des *prædes* s'engageaient au paiement de la *litis æstimatio* dans la procédure des *repetundæ* (8). Ils intervenaient aussi dans les prêts consentis aux citoyens par l'*ærarium* (9), dans les locations ou ventes de l'*Ager publicus* (10), dans les rapports des publicains fermiers des impôts et de l'État (11). On exigeait des *prædes* des adjudicataires de travaux et de fournitures publics (12) — voire même des candidats aux charges municipales, comme garantie de leur bonne gestion des deniers publics (13).

Il est cependant deux hypothèses de *prædis datio* sur lesquelles nous devons insister particulièrement, car elles se rattachent au droit privé ; ce sont celles où les *prædes* interviennent dans la *legis actio sacramenti*.

Cette intervention des *prædes* dans le *sacramentum* se présente deux fois (14) : 1° celui qui succombait

(7) Peltier. *Cautio prædibus prædiisque* (Th.) Voir les cas dans lesquels les *prædes* devaient être fournis, p. 43.

(8) Loi latine de Bantia, § 2. — Girard, *Textes*, p. 27.

(9) T.-Liv. 22, 60... *Dandam ex ærario pecuniam mutuam prædibus prædiisque cavendum populo censerent.*

(10) Loi agraire de 643 (lig. 73) qui ordonne la vente de l'*ager publicus* d'Afrique et de celui de Corinthe.

(11) Loi de Malaca, Rub. LXIII, Girard. *Textes*, p. 105.

(12) Lex Puteolana *parieti faciundo*, Girard, p. 728.

(13) Loi de Malaca, Rub. LX.

(14) Gaius. Com. IV, § 13 et 16.

dans la *legis actio* devant abandonner son *sacramentum* à *l'ærarium*, cette créance éventuelle était garantie par des *prædes* ; 2° on sait que dans la revendication, le préteur avait le pouvoir d'attribuer à l'une des parties la possession intérimaire de la chose litigieuse, *vindicias dicebat* : la partie qui obtenait les *vindiciæ* devait fournir à son adversaire des *prædes*, pour le cas où elle serait condamnée à restituer la chose et ses fruits. Au premier cas, les *prædes* garantissant une obligation contractée envers l'*ærarium* : nous sommes donc en présence d'une application ordinaire de la *prædis datio*. Mais, dans la deuxième hypothèse, Gaïus disant : ..... *jubebat prædes* adversario *dare litis et vindiciarum*, il semble qu'il en était autrement.

Envers qui s'engageait ici le *præs* ? Etait-ce envers le magistrat représentant de l'Etat, ou envers celui qui n'avait pas obtenu la possession intérimaire, l'*adversarius* ? Le texte de Gaïus est, on ne peut plus clair, sur ce point, et l'on s'étonne qu'il ait pu donner lieu à une vive controverse. Il dit expressément que le préteur ordonnait au possesseur de donner des *prædes* à son adversaire. C'est un particulier et non l'État qui recevait les *prædes*. Nous nous trouvons donc en présence d'une *prædis datio* anormale, puisquelle se passe entre deux particuliers et qu'elle garantit une créance du droit privé : le droit à la restitution de la chose revendiquée.

Cette application de la *prædis datio* en dehors de

la sphère du droit public, a paru si étrange à beaucoup d'esprits qu'ils se sont efforcés de prouver que, malgré le texte de Gaïus, les *prædes litis et vindiciarum* s'engageaient envers la République. C'est envers l'État que s'obligeait le *præs*, selon Mommsen, parce que la République qui était créancière du *sacramentum* était le véritable demandeur au procès. Il suffit de faire remarquer que ce droit de la République au *sacramentum* est garanti par des *prædes* spéciaux. Selon Stintzing, l'État, en attribuant la possession intérimaire à l'une des parties, engage sa responsabilité pour le cas où le possesseur succomberait dans la revendication. Il faut donc que la République puisse réparer ce dommage ; aussi se ménagera-t-elle au recours contre les *prædes* fournis par le possesseur intérimaire. C'est cette opinion qui a été reprise dans une thèse récente, où il est dit que l'État (15) se faisant donner des *prædes* par le possesseur intérimaire les cédait immédiatement au non possesseur.

Ces divers systèmes qui voudraient faire de l'Etat le créancier des *prædes* ne peuvent rien contre le texte si précis de Gaïus : *jubebat prædes* adversario

(15) Cuenot. *De la condamnation civile à l'époque des actions de la loi* (Th., 1892), y voir l'exposé des différents systèmes sur les *prædes litis et vindiciarum*. — Cuq. *Inst. jur.*, page 383, soutient également que le *præs* s'engage envers l'Etat. — Sur les *prædes litis et vindiciarum*. Inscr. Malac. I, 64 et s. et Mommsen, p. 466. — Stintzing. *Rr. Zs.* p. 354 et s. — Danz. *Sacr. Schutz*, p. 218 et s. — Jordan. *De præd. lit. et vind*, p. 16. — Dernburg. *Pfandr.*, I, § 3.

dare. Et puis le bon sens ne proclame-t-il pas que la restitution de la possession doit être garantie à celui-là seul qui peut être déclaré propriétaire par la sentence du juge !

Si les *prædes litis et vindiciarum* sont liés envers un particulier et non envers l'Etat, c'est là un souvenir d'une époque antérieure où le *præs* et le *vas* se confondaient, où leur champ d'action était le même, où il n'y avait pas à la fois des cautions du droit privé et des cautions du droit public, mais seulement des cautions. Le *præs* pouvait alors être donné à des particuliers, par exemple à l'adversaire possesseur intérimaire. Lorsque le *præs* et le *vas* se séparèrent (16), lorsqu'une fonction spéciale fut dévolue à chacun d'eux, la vieille procédure du *sacramentum* conserva les cautions qu'elle avait connues originairement.

Cette possibilité, d'une confusion initiale du *vas* et du *præs* trouve une base solide dans l'étymologie que donne Rivier (17) du mot *præs*. La forme plurielle *prævides*, que l'on trouve deux fois dans la loi agraire, de 643 (lignes 46 et 47), permet de penser

(16) Cette spécialisation du *præs* (*præ-vas*) aux rapports de droit public, alors que le *vas* était affecté à ceux de droit privé, est plutôt dans le mot que dans le fond des choses. Le *vas* et le *præs* ne sont-ils pas tenus de la même manière, leur condition n'est-elle pas identique ? Il n'y a entre les deux cautions qu'une différence d'appellation, et encore bien minime. Aussi il nous semble douteux que la question se pose de savoir pourquoi le *vas* et le *præs* se sont séparés.

(17) *Untersuchungen über die cautio prædibus prædiisque*, § 5.

avec cet auteur, que le singulier *præs* a dû être précédé de la forme *præ-vas,* analogue au composé *subvas* que nous avons déjà rencontré et dont Aulu-Gelle fait mention (18).

Et puis cette différenciation entre deux institutions n'a pu se produire que dans une société ayant atteint déjà un certain développement juridique, et dans laquelle la notion d'Etat a déjà fait son apparition. A l'époque préhistorique, l'État n'existant pas, *præs* et *vas* se sont confondus en une caution unique.

Quelle fut leur destinée dans le droit romain ? La *vadis datio* eut une carrière brillante jusqu'à la loi Silia. Mais avec la sanction de la *sponsio*, son déclin commence. Les cautions préfèrent à la *vadis datio* par laquelle elles se donnaient en gage, *l'adpromissio* qui engage seulement leurs biens. Toutefois, le domaine de l'*adpromissio* étant restreint à la garantie des obligations nées *verbis*, la *vadis datio* dut persister, comme garantie des autres devoirs sanctionnés, jusqu'au temps de Sylla, c'est-à-dire jusqu'à l'apparition de la *fidejussio* qui, elle, pouvait s'adjoindre à toutes les obligations. Comme on l'a dit c'est seulement avec la *fidejussio* que la forme stipulatoire triomphe de la *vadis datio* et devient le procédé ordinaire de cautionnement (19).

La carrière de la *prædis datio* fut plus longue.

(18) Girard, *Textes*, p. 11.
(19) Voigt. *Ueber das vadimonium*, p. 313.

Garantie exclusivement personnelle, elle remplace, probablement au temps de la loi Æbutia (second tiers du VII[e] siècle), d'une sûreté réelle. A l'engagement personnel du *præs*, *prædis datio*, celui-ci fut contraint d'adjoindre un engagement réel de ses biens : *subsignatio prædiorum*. La *prædis datio* devint la *cautio prædibus prædisque* qui elle-même s'effaça devant la *fidejussio* et l'hypothèque, c'est-à-dire devant les garanties du droit privé.

Cette disparition fut consommée, lorsque le fisc, patrimoine particulier des Empereurs, ayant absorbé *l'ærarium*, trésor public (20), abandonna les sûretés du droit public pour celles du droit privé, les seules qu'il connût auparavant. Par cette élimination de la *cautio prædibus prædiisque*, on était revenu à l'unité originaire du cautionnement.

B. *Droit germanique et ancien droit coutumier*

En droit germanique, l'intervention des cautions dans les conventions est établie, par les nombreux textes que nous avons cités dans la II[e] partie, à propos de la nature de l'obligation du fidéjusseur germanique.

Ainsi nous avons vu le fidéjusseur garantir des conventions fixant le montant des compositions dues à la victime d'un délit par le délin-

(20) Cette absorption est terminée au temps de Dioclétien.

quant (21). Il en est d'autres qui garantissent des prêts (22), des transactions. Dans une charte rapportant une transaction relativement à la propriété d'un immeuble, nous voyons des cautions garantir la reconnaissance de la propriété et l'engagement de ne plus troubler à l'avenir la possession, passés par l'une des parties (23). Enfin, nous connaissons des fidéjusseurs qui promettaient que X « ne fera plus de mal à Z », *quod nunquam faceret malum hominibus S. Salvatoris et monachorum ejus.*

La plégerie n'était pas moins appliquée dans les contrats du Moyen-Age. Les obligations résultant du contrat d'inféodation étaient à la fois assumées par les vassaux et par les plèges. Et, dans les contrats d'aliénation, on voit fréquemment figurer des plèges qui s'engagent à en soutenir la validité devant les tribunaux et même les armes à la main (24). L'importance de la plévine est d'ailleurs attestée par l'étude attentive qu'en font nos coutumiers. Qu'on se souvienne que tout un livre (le livre XLIII) de la coutume de Beauvoisis est consacré à la plégerie.

(21) *Edit. de* Chilpéric, *c.* 66.

(22) Pardessus. *Diplomata*, n° 424, où l'on voit des fidéjusseurs garantir un commodat portant sur 1500 livres et 100 muids de bon vin prêtés par un abbé de Saint-Denis à un évêque.

(23) Voir cette charte citée dans Sohm : *Procéd. de la loi Salique. Trad.* Thevenin, p. 148.

(24) *Ancien Coutumier d'Amiens*, p. 260.

§ 2

Caractères de l'application du cautionnement conventionnel à Rome et dans notre très ancien droit

Deux faits dominent l'application du cautionnement dans les législations primitives : c'est la *fréquence* de cette opération et la *pluralité* des cautions. Pluralité des obligés, fréquence du cautionnement sont des traits communs à l'ancien droit romain et à notre ancien droit. De plus ces deux faits sont dans ces deux législations la conséquence des mêmes causes.

A. *Fréquence du cautionnement dans le droit primitif.* — Toutes les législations primitives préfèrent les sûretés personnelles aux sûretés réelles. C'est là un phénomène qui se rencontre en Grèce, à Rome, dans notre ancien droit.

De la fréquence de cette intervention on a même conclu qu'elle était indispensable pour la validité de tout acte juridique primitf, soit acte translatif de droit réel, soit contrat (25). Le droit romain et le

(25) Se souvenir des ventes de Ténos, où l'intervention des cautions est la règle. — Hermann. *Lehrbuch der gr. Rechtsalterth*, éd. Thalheim, donne des exemples de la fréquence du cautionnement en Grèce On voit des cautions garantir des baux, des prêts. C'est ainsi que les Arthéniens durent fournir des cautions pour le vaisseau qu'ils avaient emprunté à Chalcis, etc. — Dareste. *Etudes*, p. 407. — Gauckler, *N. R. H.*, 1889, p. 603. — Esmein. *N. R. H.* 1887, p. 52, n. 4. — M. Fournier. *Rev. crit.*, XV, 1886, p. 695.

droit germanique semblent donner raison à cette thèse. Ils connaissent en effet des actes translatifs se faisant non pas à deux, mais à trois. On peut rapprocher, à ce point de vue, le testament romain, *per æs et libram*, du testament frank, *affatômie*. Dans les §§ 102 et 103 du Com. II, de Gaius, comme dans le titre XLVII de la loi Salique, *de adfathmire*, le testateur et l'institué sont accompagnés d'un tiers qui reçoit le patrimoine et qui devra le remettre à l'institué ! Le tiers n'est pas un témoin, il joue un rôle actif à l'acte qui, sans lui, serait dépourvu de valeur. Un autre exemple de la nécessité de la présence d'un tiers nous est fourni par la vente grecque. Nous l'avons déjà cité. Qu'il nous suffise de rappeler qu'en outre du vendeur et de l'acheteur figurait dans la vente une troisième personne, l'*auctor secundus* qui était là pour assumer l'obligation de garantie (26).

Le droit romain ne mettait-il pas en pratique la même règle, dans la *vadis* et dans la *prædis datio* ? Les *vades* et les *prædes* n'étaient-ils pas des tiers seuls et véritables obligés? N'avons-nous pas montré que dans les contrats entre la République et les particuliers, ces derniers les *mancipes* n'étaient pas obligés, que seuls les *prædes* étaient tenus, étaient exposés aux poursuites ?

Quoi qu'il en soit de cette thèse, ce qu'on peut

(26) Rapprocher de la vente grecque la vente à laquelle M. Dareste fait allusion dans son étude sur le droit scandinave, page 301.

considérer comme certain c'est la fréquence de la présence des cautions dans les actes juridiques du droit primitif.

De tout temps, à Rome, le rôle du cautionnement a été très actif. Ceci est vrai du droit romain primitif comme de celui de l'époque classique. Les Romains même, dans le dernier état de leur droit, ont toujours préféré les sûretés personnelles aux sûretés réelles (27). Jamais la pratique romaine ne reconnut cette vérité que les choses garantissent mieux que les personnes, vérité dont se rendit cependant compte le jurisconsulte, Sextus Pomponius, au temps d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle et qu'il exprimait ainsi: *Plus cautionis in re quam in persona* (28).

A l'inverse de ce qui se passe dans les législations modernes, les Romains négligèrent l'organisation du crédit réel pour celle du crédit personnel. Leur théorie de la *fidejussio* a été construite avec un soin particulier, si bien que Pothier, qui l'a transmise aux rédacteurs du Code civil, n'a eu rien à y modifier. Le cautionnement de Pothier et de Basnage, celui du Code civil et des autres législations modernes ne diffèrent point de la *fidejussio* romaine. Au contraire, il suffit d'un coup d'œil rapide jeté sur l'organisation du régime hypothé-

(27) Jourdan. *De l'Hypothèque*, dans son introduction soutient que les Romains finirent par préférer l'hypothèque à la fidéjussion. — Contra: Paul-Louis-Lucas. *Revue G^le de droit*. 1885, 1886, 1887.

(28) Loi 25, D. De reg. juris.

caire romain pour voir combien il a été amélioré par le législateur moderne. Et l'on sait de quelle sollicitude est entourée à l'heure présente la réforme de notre régime hypothécaire.

La fréquence du cautionnement à Rome, même à l'époque classique, c'est-à-dire alors que l'hypothèque était connue, est attestée par de nombreux exemples. Voici le plus probant : lorsque le magistrat et la loi imposaient à un débiteur — et cela était d'un usage courant — de fournir une garantie à son créancier, c'était une garantie personnelle, une *satis datio* qu'exigeait la loi ou l'édit prétorien. Au cas d'une stipulation prétorienne, la promesse ne pouvait être garantie que par des *adpromissores* et non par un gage ou par un hypothèque (30). D'autre part, des textes empruntés aux anciens jurisconsultes de Rome montrent que leurs contemporains n'avaient pas moins de sympathie pour l'*adpromissio*. Scœvola (31) nous présente un débiteur qui demande comme faveur à son créancier de ne pas lui donner un *sponsor* mais un *pignus*. Caton, dans (32) le formulaire à l'usage des propriétaires ruraux qui se trouve dans le de Re Rustica prévoit le cas où le mobilier agricole du fermier sera donné en gage au propriétaire, jusqu'à

(30) L. 7. D. XLVI, 5, *prœtoriæ stipulationes* personas *desiderant pro se intervenientium ; et neque pignoribus quis, neque pecuniæ vel auri vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur.*

(31) Loi 34, § 1. D. XX, I.

(32) Caton. *De re rustica* (C. 146-150), éd. Gessner.

ce qu'un *adpromissor* pût être trouvé, *donicum satisdatum erit.*

Si l'*adpromissio* jouissait d'une telle faveur au temps de Caton, nul doute qu'il n'en fût de même auparavant des formes anciennes du cautionnement : *vadis*, *prædis datio.*

Plus on remonte dans le droit romain, plus le cautionnement dut être fréquent. En effet, si nous recherchons les causes de cette fréquence, à l'époque de la maturité du droit romain, nous voyons qu'elles ont existé dans l'ancien droit de Rome, avec beaucoup plus de force. Les mêmes causes ont dû produire les mêmes effets.

Les raisons de la popularité du cautionnement à l'époque classique ? C'est l'esprit de solidarité qui anime encore les membres des mêmes groupes. C'est la mauvaise organisation des sûretés réelles. Or ces raisons sont bien plus impérieuses dans le droit romain antérieur.

La fréquence du cautionnement n'est pas spéciale au droit romain. On la retrouve dans le droit germanique et notre ancien droit coutumier, sous l'empire des mêmes causes, organisation défectueuse du crédit réel, esprit de solidarité familiale et devoirs imposés par certains rapports sociaux.

A Rome, les cautions primitives n'ont pas eu à subir la concurrence des sûretés réelles, celles-ci n'étant pas encore apparues.

Jusqu'à la loi Ælbutia, la *prædis datio* fut une ga-

rantie exclusivement personnelle, et ce n'est que postérieurement à cette loi qu'elle se compléta d'une *subsignatio prædiorum*, garantie réelle qui consistait probablement dans l'engagement que prenait le *præs* de ne pas aliénier ses *prædia*, tant qu'il sera lié à la République.

La *vadis datio* ne fut jamais sérieusement inquiétée par les sûretés réelles. Ayant persisté après la loi Silia, elle fut, il est vrai, en concours avec la *fiducia cum creditore*, dont l'origine remonte peut-être jusqu'à la loi des XII Tables, et avec le *pignus*.

Mais quelle garantie pouvaient donner ces sûretés réelles au créancier, par rapport à la *vadis datio* qui engageait non seulement la personne, mais les biens du *vas?* Et puis le débiteur ne devait pas aimer avoir recours à une sûreté réelle, telle que la *fiducia cum creditore* qui présentait pour lui de multiples inconvénients. L'opération fiduciaire consistant en une véritable aliénation de la chose donnée en garantie, le débiteur était privé de sa possession et de ses fruits jusqu'au paiement de la dette. Il ne pouvait utiliser sa chose pour la donner en sûreté à d'autres créanciers — enfin, pendant longtemps, il n'eut pas d'action lui permettant de la recouvrer lorsqu'il avait payé à l'échéance. En effet, l'action *fiduciæ directa* ne date pas, comme on l'a soutenu, de la loi des XII Tables, et ne trouve pas son origine dans l'*Uti lingua nuncupassit*, mais est d'une époque postérieure probablement contemporaine de Plaute, c'est-à-dire du

VI[e] siècle (33). Somme toute, la *vadis datio* qui ne saisissait le *vas* qu'à l'arrivée du terme, était bien préférable.

Le *pignus* était également, à la belle époque de la *vadis datio*, en dehors de la sphère du droit. Le débiteur n'avait aucun moyen spécial de forcer le créancier à restituer la chose engagée. Le gage, comme d'autres contrats *re*, n'a dû être sanctionné par le préteur qu'à la fin de la République (34). D'ailleurs il ne conférait qu'un droit tout à fait précaire sur la chose engagée, le créancier n'ayant eu pendant longtemps ni la *possessio ad interdicta*, ni le droit de vendre le gage. Le *pignus* ne devait donc pas être recherché des créanciers.

Enfin l'hypothèque n'était pas encore connue. Elle le fut seulement vers la fin de la République, et ne commença à s'organiser qu'à partir du II[e] siècle. Ce sont en effet des jurisconsultes de ce siècle qui ont écrit les premiers traités sur l'hypothèque.

Chez nous, primitivement, le cautionnement se trouve également dans un état de supériorité marquée par rapport aux sûretés réelles. C'est ce qui nous explique sa fortune et la place importante qu'il occupe dans le droit germanique et chez nos coutumiers.

Nous savons que le fidéjusseur germanique, le

(33) Jacquelin. *La fiducie.* (Th.)

(34) Cuq. *Inst. j.*, p. 637, note 1 (actions *in factum* des contrats *re*).

plège pouvaient être « gagés » par le créancier de son autorité propre. Si les meubles ne suffisaient pas à désintéresser le créancier, l'emprisonnement de la caution était un moyen sûr de l'amener à vendre volontairement ses immeubles qui furent longtemps insaisissables.

Au cautionnement si fortement organisé qu'opposent les sûretés réelles ? Distinguons suivant les époques.

Dans le droit germanique, pendant longtemps, la seule sûreté réelle connue fut l'engagement mobilier. Or, cet engagement mobilier n'était pas une garantie supérieure à la *fidejussio*, puisque celle-ci permettait au créancier de saisir, lui-même, sans autorisation préalable de justice, les meubles du débiteur, à concurrence de ce qui lui était dû.

D'autre part, l'engagement immobilier ne fut possible que relativement tard, en droit germanique. Les Germains en effet vécurent longtemps sous le régime de la propriété immobilière collective. Et, lorsque ce régime fit place à celui de la propriété individuelle, un long intervalle de temps dut s'écouler durant lequel l'inaliénabilité de l'immeuble individuel persista comme un vestige de l'ancien système.

La loi Salique ne connaît que la saisie des meubles : les immeubles sont insaisissables même en vertu d'une créance vue avec une faveur particulière dans le droit germanique, le paiement d'une composition. Cette insaisissabilité empêchait d'enga-

ger les immeubles. Les fidéjusseurs furent donc d'autant plus multipliés, dans le droit germanique qu'ils furent pendant longtemps, comme les *vades* du droit romain, les seuls garants possibles, puisqu'ils ne subissaient point la concurrence de la terre.

A l'époque féodale, les sûretés réelles furent davantage pratiquées, mais sans grand dommage pour la plévine.

L'engagement immobilier présentait de graves inconvénients pour le créancier et le débiteur. Le créancier ne pouvait obtenir la vente forcée de l'immeuble, en raison de la règle féodale de l'inaliénabilité des fiefs, règle qui fut étendue aux terres libres, aux alleux. Et puis ce n'était pas l'immeuble que le créancier recevait en gage, mais seulement ses revenus. Ces revenus de l'immeuble furent d'abord considérés par le créancier comme l'équivalent des intérêts du capital prêté et ne s'imputèrent point chaque année sur ce capital. C'était le *vif-gage*. Cet engagement fut de bonne heure prohibé par l'Église comme convention usuraire. Le créancier dut désormais imputer sur le capital de la dette les revenus de l'immeuble qu'il recevait chaque année. Le *mort-gage* succédait au *vif-gage*. L'utilité de l'engagement immobilier était donc restreinte vis-à-vis du créancier par la régle de l'insaisissabilité des fiefs, d'autre part par la prohibition canonique du prêt à intérêt.

Au point de vue du débiteur, l'engagement immobi-

lier avait les inconvénients que nous avons signalés à Rome, dans la *fiducia cum creditore*. Le débiteur était obligé d'abandonner la possession de son immeuble au créancier qui l'exploitait jusqu'à l'extinction de la dette. A raison de cet abandon de la terre, il ne pouvait dans la suite, comme au cas d'aliénation fiduciaire, l'affecter à la garantie de nouveaux créanciers.

Tous ces inconvénients de l'engagement immobilier du Moyen-Age nous expliquent l'importance du rôle joué par la plégerie à la même époque.

Il est vrai qu'au XIII[e] siècle (et l'on sait qu'à cette époque la plégerie est encore dans tout son éclat), l'affectation des immeubles à la sûreté d'une créance put se faire par un procédé qui ne dépossédait pas le débiteur comme l'engagement immobilier, par l'*obligation* qui n'est autre que l'hypothèque de ce temps. Dans l'*obligation*, on se faisait accorder par contrat le droit de vendre les immeubles du débiteur : celui-ci obligeait tantôt tous ses biens, tantôt certains d'entre eux à la sûreté de la dette. De cette façon, le créancier était certain d'exécuter facilement les immeubles. Mais c'était là souvent le seul avantage que retirait le créancier de l'obligation.

En effet, lorsque l'obligation était générale, elle ne produisait le droit de suite que dans des limites fort restreintes, — et elle ne donnait pas lieu au droit de préférence. Seule l'obligation spéciale conférait le droit de suite et le droit de préférence. Il n'y avait

donc qu'elle qui pût se mesurer avec avantage avec la plégerie. On remarquera que l'obligation spéciale ne date que du XIII[e] siècle. C'est-à-dire que jusqu'à cette époque, les sûretés réelles furent dans un état d'infériorité très marquée vis-à-vis du cautionnement. C'est là le motif principal de la fréquence de la plévine au Moyen-Age.

B. *La pluralité des cautions dans le droit primitif.* — Un second trait, avons-nous dit, du cautionnement primitif, c'est la pluralité des cautions.

Les anciennes lois romaines relatives à la matière du cautionnement se préoccupent constamment de la pluralité des *adpromissores* (L. Furia, *Appuleia*, cicereia). Et l'on a fait très justement remarquer (35) que les formes du cautionnement qui comportent plus particulièrement l'intervention d'un seul garant sont d'origine relativement moderne : *pacte de constitut*, *mandatum pecuniæ credendæ*.

La pluralité des *vades* est affirmée par de nombreux textes. Tite-Live et Denys d'Halicarnasse (36) rapportent que dans le procès contre Cæso, celui-ci dut fournir dix *vades* de comparution, et dans le procès contre Bomilcar, Salluste (37) affirme qu'il en fut donné cinquante. Cette pluralité d'obligés n'était pas spéciale au *vadimonium* de comparution. Aulu-

(35) Jourdan. *De l'Hypothèque*, p. 5, note 9.
(36) Liv. II, 13, 7. — Denys X, 8.
(37) Salluste. *Jug.* 35, 9.

Gelle faisant allusion aux cautions primitives en parle au pluriel, *vades et subvades*, dit-il.

En cas de *prædis datio*, la pluralité devait être aussi la règle. Les textes disent ordinairement les *prædes*, les *prævides*, rarement le *præs*. La loi agraire de 643 s'exprime ainsi : *neive magis manceps prævides prædiaque soluti sunto*. Gaïus dit les *prædes litis et vindiciarium*. Enfin, la loi Acilia *repetundarum* (38) décide que le nombre des *prædes* était fixé par le magistrat, *quantei eis censuerint*.

Cette pluralité des cautions devait exister également dans le droit germanique. Les *leges* font souvent mention de plusieurs fidéjusseurs pour une même obligation. Et nos coutumiers parlent de la compagnie qui existe entre plusieurs plèges.

A Rome, comme chez nous, la raison de cette pluralité des garants, c'est l'esprit de solidarité familiale. Très développé, chez les hommes des civilisations primitives (39), cet esprit altruiste les incite à se porter cautions les uns pour les autres Les premiers Romains trouvaient facilement des garants soit dans les membres de la *gens*, soit dans les compagnons de *collegia opificum*. C'était alors un

(38) Ligne 57, Girard, p. 37.

(39) C'est dans la solidarité des membres d'une même famille qu'il faut chercher la raison de la pluralité des obligés : *Loi de* Gortyne, § 50, 51. Dareste, *N. R. H.*, 1886 ; p. 269. — En Egypte les répondants n'étaient pris que dans la famille. — Révillout. *Les obligations en droit égyptien*, p. 183. — En Hongrie le cautionnement se faisait par les membres de la famille.

devoir pour ceux qui faisaient partie de ces collectivités de se porter forts les uns des autres, et celui qui manquait à cette obligation était puni des châtiments dont disposaient ces groupes. Les clients et le patron se devaient aussi réciproquement ce service.

Les preuves de l'existence de ces sentiments altruistes abondent dans les textes. Tite-Live rapporte que, lorsque Camille fut mis en jugement pour rendre compte du butin de Véies, ses clients, presque tous plébéiens, répondirent à son appel et s'engagèrent à payer l'amende qui serait prononcée contre lui quel qu'en fût le taux (40).

La solidarité familiale n'était pas moins étroite chez les Germains. Dans la famille germaine, elle unissait tous ceux qui vivaient sous le *mundium* du chef (41). On sait les conséquences de cette solidarité. Les injures faites à un membre de la famille sont aussi faites à tous les membres (42). La composition pour le meurtre de l'un de ses membres appartenait à la famille entière (43). Par la même raison, la composition était due solidairement

(40) Liv. V., 32, *in fine*. Voir un trait identique des clients de L. Scipion dans Liv. XXXVIII, 60.

(41) Glasson. *Compt.-rend. Ac. sc. mor.*, t. 123 et 124, p. 103.

(42) Tacite. *Germ.* 21., *suscipere tam inimicitias seu patris, seu proprinqui, quam amicitias necesse est.*

(43) Tacite. *Germ.* 21, *recipit satisfactionem universa domus.* — *Constitutio Childeberti* dans Pertz. *Leges*, II, 6.

par la famille de l'agent du délit (44-45). Cet esprit s'est maintenu après les Invasions. Nous en voyons un exemple dans la procédure bien connue de la *chrenecruda* décrite par la loi Salique. Le débiteur insolvable fait le serment qu'il n'a plus de meubles, ramasse aux quatre coins de sa maison de la terre qu'il jette sur ses plus proches parents, ensuite quitte sa demeure en franchissant la haie qui entoure celle-ci. Cet acte symbolise l'abandon du patrimoine aux proches qui seront désormais tenus de payer la dette de l'insolvable. Qu'on se souvienne aussi de l'usage germanique de faire garantir le serment de l'accusé par des parents, des amis, appelés *cojurateurs* (46), usage qui n'a pas disparu de bonne heure comme on l'a dit (47), puisqu'on la retrouve dans des documents du XIV^{e} et du XV^{e} siècle (48). Il n'était pas étonnant que les obligés à une même dette fûssent nombreux dans une législation où les sentiments altruistes étaient si profondément enracinés.

Au Moyen-Age, une autre raison vient s'ajouter à la précédente pour expliquer la pluralité des intervenants. De même qu'à Rome, c'était un devoir pour le client de garantir les obligations de son patron, de

(44-45) Lex salica, LVIII, éd. Behrend.

(46) Lex Alamanorum, fragm. 2^{d}, § 43, Pertz, *Leg. III,* p. 37.

(47) F. de Coulanges. *Hist. des Institut. polit. de l'ancienne France,* 1re p., 2^{e} éd., p. 475, 476.

(48) *Etablissem. de Saint-Louis,* éd. Viollet, I, p. 201.

même dans les rapports féodaux de suzerain à vassal, celui-ci devait se porter plège de celui-là. En vertu du devoir d'affection et de fidélité résultant du contrat d'inféodation, le vassal devait cautionner le suzerain auprès des créanciers, sous peine félonie (49). C'était la plégerie féodale. Elle disparut, à moins de stipulation expresse, lors de l'hommage, quand les fiefs furent devenus patrimoniaux (50).

Cette facilité à obtenir la pluralité des obligés dans le droit primitif nous fait comprendre que la règle de l'intransmissibilité des dettes ait pu se maintenir longtemps. Le créancier en effet trouvait une atténuation très sensible au caractère viager de son droit, dans ce fait qu'il n'avait pas qu'un seul débiteur, qu'il en avait plusieurs, contre lesquels il pouvait encore agir solidairement, lorsque l'un d'eux venait à mourir. Pour se garantir contre l'intransmissibilité des dettes, on multipliait le nombre des obligés.

En résumé, on peut dire que la fréquence du cautionnement et la pluralité des obligés procèdent primitivement de l'insuffisance des sûretés réelles, et de l'esprit de solidarité qui anime les groupes.

(49) *Assises de la Haute-Cour.* Ch. CXVII à CXXX. — *Grand Cout. de Normandie*, LX. — Beugnot dans son éd. *de Beaum.*, Ch. XV, note 6.

(50) *Somm. rural*, C. I. — *Conseil à un ami*, VII, VIII, IX.

CHAPITRE II

LE CAUTIONNEMENT DANS LA PROCÉDURE

Un trait du droit primitif, c'est la présence des cautions dans le procès soit pour garantir la comparution des parties en justice, soit pour assurer l'exécution des jugements (51). Il en est ainsi originairement à Rome et chez nous.

§ 1er

A Rome. — La véritable caution judiciaire fut le *vas*. Le rôle important joué par cette caution dans le procès primitif est encore attesté dans le procès ultérieur par le *vadimonium* auquel Gaïus consacre les §§ 183 à 187 de son Com. IV.

Mais le *vadimonium* primitif diffère beaucoup du *vadimonium* de l'époque classique. Le *vadimonium* primitif est l'acte par lequel un tiers intervient pour le défendeur. Le *vas* primitif est une caution. Au contraire, dès la fin de la République, l'ancien *vadi-*

(51) Dans le droit hindou la caution peut se présenter pour garantir soit une *comparution*, soit la bonne conduite d'une personne à l'avenir, soit le paiement d'une dette. (*Yajnawalkya*, Stenzler, II, § 3. — *Livre de droit des Gentoos*, Raspe, 147). En Grèce, le rôle des cautions dans le procès est très actif, V. Hermann, *Privat Alterthümer*, éd. Thalheim.

monium est devenu une stipulation prétorienne à laquelle s'adjoint, dans certains cas, une *adpromissio*. Le défendeur s'engage alors lui-même par le *vadimonium*, ordinairement dans la forme de la stipulation, exceptionnellement sous forme de *jusjurandum* (Gaïus, IV, 185), c'est-à-dire sous la garantie du serment, à payer une certaine somme d'argent, *summa vadimonii*, dont le montant est variable (Gaïus, IV, 186), pour le cas où il n'accomplirait pas une certaine obligation qui dérive du procès.

Ce *vadimonium* avait lieu ou simplement *(pure)* ou avec des répondants (*satisdatione*), ou même avec le choix de *récupérateurs*, *recuperatoribus suppositis* « c'est-à-dire avec le règlement, par avance, du *judicium* destiné, en cas de non comparution, à faire condamner le défaillant au montant de la *summa vadimonii* ».

Comme on l'a dit (52), « tandis que l'ancien *vadimonium* était un acte juridique entre le créancier et un tiers, le *vas*, et que ce dernier comme cocontractant était une personne principale et indispensable, le nouveau *vadimonium* n'est plus un acte juridique entre les mêmes contractants, mais un acte du créancier avec l'obligé ». — Le *vas* primitif est un tiers, une caution, celui de l'époque classique est le défendeur s'obligeant par la stipulation et s'adjoignant quelquefois des fidéjusseurs. A la *vadis datio*, procédé

(52) Voigt. *Ueber das vad.*, p. 350.

de cautionnement, s'oppose le *vadimonium cum satisdatione*, promesse principale avec fidéjusseurs.

Malgré cette différence entre les deux *vadimonium*, on conserva l'ancienne terminologie à raison de leur ressemblance dans la fonction pratique et de leur rapport historique de succession (53).

Nous savons que le *vas* n'est pas la seule caution procédurale. Nous avons parlé des *prædes litis et vindiciarum*, à propos du règlement du possessoire dans la *legis actio sacramenti in rem*.

Enfin on n'ignore point qu'une autre caution primitive, le *vindex*, jouait un rôle dans les procédures de la *manus injectio* et de l'*in jus vocatio*.

Examinons rapidement la fonction respective de ces différentes cautions dans le procès romain primitif.

Selon M. Voigt, le *vadimonium* se présentait dans ce procès sous trois aspects différents : il y avait ou pouvait y avoir un *vadimonium* de *dilation*, de *citation*, de *comperendinatio* (54).

(53) L'ancien *vadimonium* persista dans le droit criminel (Voigt., p. 352) : 1° lorsque le crime est peu grave et que la culpabilité est douteuse d'après le magistrat qui a instruit le procès ; — 2° au cas d'accusation de l'esclave pour crime *(lex Julia publicorum judiciorum* de 737 U. c.) « Dans les deux cas, comme dans l'ancien *vadimonium*, l'accusé lui-même n'accomplit aucune opération, celle-ci incombe uniquement à un tiers qu'il a institué comme *vas* et qui conclut avec le fonctionnaire chargé du procès une stipulation pénale à *exhibere reum* ou bien *x dare.* » Il faut remarquer que ce promettant est toujours appelé *vas* dans les textes antérieurs à Justinien (V. la note 152 dans Voigt., p. 353).

(54) Voigt. *Ueber das vad.*, p. 317.

Le *vadimonium* de dilation était un incident de la procédure *in jure*. Il intervenait lorsque cette procédure ne pouvait se terminer le jour de la première comparution des parties devant le magistrat. La comparution pouvant être nécessaire à des jours plus ou moins éloignés, on ne pouvait astreindre le demandeur à renouveler chaque fois l'*in jus vocatio*. Le défendeur donnait alors des *vades* qui garantissaient qu'il se représenterait *in jure*. C'est le *vadimonium* dont parle Gaius au Com. IV, § 184 (55).

Primitivement ce n'était pas le défendeur qui promettait sa comparution, *se certo die sisti*, c'étaient des *vades* qui passaient cette promesse, de même que nous avons vu la restitution de la possession intérimaire promise, non par le possesseur lui-même, mais par des *prædes*.

On a voulu voir des exemples du *vadimonium* primitif (56) : dans le procès de Virginie (an 305), rapporté par Tite-Live et Denys d'Halicarnasse (57), où il est question de *sponsores* qui s'étaient engagés à ramener Virginie en justice ; dans la loi agraire de 643 (58), enfin dans la lex Rubria de 705 (59) qui

(55) *Cum autem in jus vocatus fuerit adversarius, neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti.*

(56) Voigt. *Ueber das vad.*, p. 317 et ssq.

(57) T.-Live. III, 44-48. — Denys. XI, 28-37.

(58) C. I. L. n° 200, lin. 34.

(59) C. I. L. n° 205, lin. 21-22. — Girard, p. 67.

limitant la compétence des magistrats municipaux, en décidant que certains procès devaient être jugés à Rome, décrète que pour assurer la comparution à Rome, du défendeur cité *(in jus vocatus)* en province, ce défendeur devra promettre un *vadimonium* ou fournir un *vindex locuples*.

Nous croyons cette opinion erronée. Les *sponsores* du procès de Virginie ne sont pas des *vades*. Certes en 305, la *sponsio* n'était pas encore sanctionnée par la loi, et les cautions dont parle Tite-Live ne peuvent avoir été des *sponsores*. Nous pensons plutôt que c'étaient les *prædes litis et vindiciarum*, la revendication de Virginie par C. Claudius en étant à la phase de l'attribution du possessoire. Quant à la loi agraire, et à la lex Rubria, elles visent non le *vadimonium* primitif mais le *vadimonium* de Gaïus.

Quoi qu'il en soit, nous croyons fermement à l'existence d'un *vadimonium* de dilation dans lequel l'obligation de procédure est assumée moins par le défendeur que par des tiers. La persistance de l'expression *vadimonium* à l'époque classique est le meilleur argument que nous puissions faire valoir à l'appui de notre opinion. Si le *vadimonium* se retrouve dans la procédure de l'époque classique, c'est que primitivement il y a eu des *vades* de procédure.

Le rôle des *vades* d'ajournement dut être d'autant plus actif qu'à partir de la lex Pinaria (probablement de 322), un délai coupa en deux parties la

phase *in jure*. Trente jours durent s'écouler entre l'*actionis editio* et le *judicium acceptum*. Il est difficile de ne pas admettre que des *vades* garantissaient la comparution du défendeur au jour fixé pour la désignation du magistrat.

A côté du *vadimonium* se référant à une nouvelle comparution devant le magistrat, il y a, au temps de Cicéron, un autre *vadimonium*, dans lequel le défendeur ne promet pas une nouvelle comparution, mais une première comparution. Le but de cette promesse est d'amener le défendeur à comparaître de lui-même, au jour fixé, devant le magistrat (60). En faisant cette promesse, le défendeur qui ne veut ou ne peut comparaître immédiatement échappe à la *manus injectio* ou à l'action pénale qui remplaça celle-ci (61). C'est le *vadimonium* de citation qui en somme tient lieu d'*in jus vocatio*.

Ce *vadimonium* ne faisait pas double emploi avec le *vindex* de *l'in jus vocatio*. Le *vindex* de *l'in jus vocatio* prenait sur lui les suites du procès, comme lorsqu'il intervenait sur la *M. I.* (Boëce, *ad Top* II, Or., p. 291 : *Vindex igitur est qui alterius causam suscipit vindicandam velut quos nunc procuratores vocamus).* Au contraire, le *vas* ne prend pas sur lui les suites du procès, mais promet par le *vadimonium* la comparution personnelle du défendeur.

(60) Cic . *p. Quinct*, 5, 6, 19, 21, 28 ; *p. Tull*, 20. — Liv. XXXII, 32.
(61) Gaius. IV, 46.

Ce *vadimonium* de citation ne date-t-il que de la fin de la République ? Voigt a soutenu qu'il était connu au temps des *legis actiones*, dans la *legis actio per condictionem* (62). On sait que ce qui caractérise cette *l. a.* introduite par les deux lois Silia et Calpurnia, c'est la sommation *(denuntiatio)* faite par le demandeur à son adversaire d'avoir à se trouver avec lui le trentième jour devant le magistrat, *ad judicem capiendum* (63). La *condictio* constituait un réel progrès sur l'*actio sacramenti in personam* (64). En effet, la *denuntiatio* du demandeur qui très probablement avait lieu *extra jus* mettait la procédure au même point où elle se trouvait dans l'action *sacramenti*, lorsque les parties (depuis la loi Pinaria) avaient comparu une première fois en justice. On évitait donc par la *condictio* la première comparution, durant laquelle devaient être prononcés les *verba solemnia* constitutifs du procès, ceux qui exposaient les plaideurs aux nullités pour inobservation des formes. Mais pour que la *condictio* produisît cet avantage, il fallait assurer la comparution du défendeur devant le magistrat, *die condicto*. Quoi de plus naturel que de penser que cette comparution devait être garantie par des *vades* ? D'ailleurs, comme on l'a fait remarquer, les sources établissent que le *vadimonium* se rattache à la *con-*

(62) Voigt., p. 323 et s.
(63) Gaius. IV, 18.
(64) Voigt., p. 323.

dictio : en effet *vadari* et *condicere* sont pris comme termes équivalents (65).

Condicere et *vadari* vont toujours ensemble, si bien que le glossaire de Labbe les identifie. Nous concluons donc que, dès avant le temps de Cicéron, il y avait des *vades* de citation ; qu'à côté des cautions garantissant que le défendeur reparaîtrait *in jure*, il y en avait qui promettaient sa comparution.

On sait que lorsque le juge était désigné, les parties se donnaient respectivement rendez-vous devant lui pour le surlendemain (66), *comperendinum diem*. Ce jour-là s'ouvrait la procédure *in judicio*. On s'est demandé si des *vades* assuraient la comparution du défendeur *in judicio*, s'il y avait des *vades* de *comperendinatio* ? Ce point est très vivement controversé. En faveur de la thèse de la non-existence d'un *vadimonium* de *comperendinatio*, on a fait remarquer que la présence du défendeur *in judicio* n'était pas indispensable à la marche du procès, et que la condamnation intervenait contre l'absent s'il y avait lieu (67). Cependant il est au texte de Macrobe (68-69) qui est absolument contradictoire avec cette thèse :

(65) Philox. *Gloss*, sp. 2200. 1. — Cyrille. *Gloss*, sp. 621. 30.

(66) Gaius, IV, 15.

(67) Contre le *vadimonium* de *comperendinatio* : Hartmann. *Ueber das rœmisch. Contumacialverfahren* qui expose la question avec ampleur, p. 232 et s. — Voigt. *Ueber das vad.* qui défend l'argumentation de Hartmann, p. 333 et s. — Keller. *Procèd. civile des actions (trad.* Capmas) résume la question, p. 213 et s.

(68-69) Macrob. *Sat.* I. 16. 14.

c'est celui où il est dit « *comperendini dies sunt quibus* VADIMONIUM *licet dicere* ».

Le rendez-vous pour le *comperendinum diem* semble donc avoir été garanti par des *vades*.

Bien qu'il soit impossible d'apporter des solutions certaines sur le rôle du *vadimonium* dans le procès primitif, ce rapide examen nous permet de nous faire une idée de ce que pouvait être originairement l'utilité de la *vadis datio* dans le procès.

Des autres cautions judiciaires : *præs*, *vindex*, nous avons peu de choses à dire. Nous avons vu en effet le rôle des *prædes litis* et *vindiciarum* dans *l. a. sacramenti in rem*. Puisqu'ils garantissent la restitution de la chose, au cas où le possesseur intérimaire succomberait dans la revendication, les *prædes* sont des cautions garantissant l'exécution du jugement.

Quant au *vindex*, lorsqu'il intervient sur la *manus injectio*, comme nous savons qu'il agit désormais pour son propre compte, PRO SE *lege agit*, nous pouvons dire aussi de lui que c'est une caution garantissant l'exécution du jugement. De même lorsque le *vindex* suit les procès pour une personne qui a été l'objet d'une *in jus vocatio*. Cette personne est mise hors de cause, c'est le *vindex* qui sera condamné ou absous. Le *vindex* de l'*in jus vocatio* est un représentant imparfait et non pas une caution promettant seulement, comme le *vas*, la comparution *in jure* du défendeur.

Mais on peut douter de l'existence de ce *vindex*, sous le système des *L. A.* qui exclut en principe toute représentation judiciaire dans le procès : *nemo alieno nomine lege agere potest* (70) (Gaïus, IV. 82).

En résumé, que le *vindex* intèrvienne sur une *M. I.* ou sur une *I. J. V.*, il assume les suites du procès, « il s'engage pour toute la querelle », comme dit Beaumanoir, du plège « *d'être à droit* » — et comme il doit être *locuples*, le demandeur est sûr de pouvoir obtenir l'exécution de la condamnation.

§ 2

Le cautionnement dans le procès germanique et dans le procès féodal

Le cautionnement a aussi une fonction procédurale dans le droit germanique et notre ancien droit coutumier. Dans l'un et l'autre droit, la promesse judiciaire doit être garantie, et le cautionnement est si fréquent qu'on peut même dire que, pendant longtemps, il a été de l'essence de la promesse judiciaire.

Des cautions garantissent la comparution des parties en justice ou l'exécution du jugement. D'au-

(70) En faveur de l'existence de ce *vindex* au temps des *L. A.*, V. Gauckler, *Etude sur le vindex. N. R. H. 1890.* La représentation imparfaite était possible, mais pour le défendeur seulement. La prohibition de la représentation n'aurait lieu qu'à l'égard du demandeur : agere *alieno nomine*.

tres renforcent la promesse de preuve (71) ou celle de payer le juge. Garantir une promesse judiciaire c'est *firmare* ; l'acte du garant, c'est la *firmancia* (72).

Cette garantie se donne *per festucam* ou *per wadium* (73), ou encore dans les coutumes du Midi « *per la ma* » (74); c'est la promesse *per manum* ou *fides manualis* que nous avons signalée à propos du formalisme du cautionnement, à la fin de l'époque germanique et au commencement de l'époque féodale (75).

Voici des textes du droit germanique dans lesquels il est question de fidéjusseurs de comparution d'une part — et d'autre part des cautions garantissant l'exécution du jugement. Un capitulaire de 817 (C. XV) (76) s'exprime ainsi : *Si liber homo de furto accusatus fuerit et res proprias habuerint, in mallo se adrhamiat. Et si res non habet* FIDEJUSSORES DONET QUI EUM ADRHAMIRE ET IN PLACITUM ADDUCI FACIANT. Si l'inculpé de vol ne possède rien, qu'il fournisse des cautions pour promettre à sa place qu'il comparaîtra devant le juge et qu'ils l'y amèneront ! Il s'agit de cautions de comparu-

(71) SOHM, *trad.* THÉVENIN, p. 150, note 1.

(72) DU CANGE. V° *firmancia.*

(73) FRANKEN. *Das franz. Pfandr. (die Wadiation im Process).*

(74) Id. P. 235 ssq.

(75) Id. P. 233 ssq. *Mittel und Formen der Firmancia.* Le cautionnement n'était point d'ailleurs le seul moyen de fortifier les promesses judiciaires : on avait également recours à la consignation d'une somme d'argent, au gage, au serment.

(76) PERTZ. *Leges* I, 213.

tion (77). C'est également de cautions de comparution qu'il est question au C. VI de l'édit. de Chilpéric (78); mais ces cautions peuvent, il est vrai, être remplacées par une *fidesfacta* du défendeur lui-même *(Selbstbürgschaft)* (79). Il est encore question de cautions garantissant l'exécution d'un jugement dans la loi des Alamans (XXXVI) « *et in primo mallo spondeat sacramentales et* FIDEJUSSORES PRÆBEAT *sicut lex habet....., et in constituto die aut si culpabilis est,* COMPONAT. Ce sont des *fidejussores* qui assurent le paiement de la composition.

L'obligation de fournir caution en justice se maintint dans notre très ancien droit coutumier. Les Assises de Jérusalem, la Coutume de Beauvoisis, le livre de Jostice et de Plet, le Conseil à un ami, consacrent de longs développements à la plégerie judiciaire. Cette théorie est condensée dans le ch. XXXV du livre XLIII, de Beaumanoir. Il y a, dit-il, grande différence entre la plégerie qui est « *d'être à droit* » et celle qui n'est faite que « *de venir en court* ». Celui qui replège « *d'être à droit* » est plège de toute la querelle, c'est-à-dire de payer ce qui sera

(77) Voir également PÉRARD. *Recueil* 35 *nr.* 18. *Dedit Maurinus* (le défendeur) FIDEJUSSOREM *nomine Antardo* DE SUO PRÆSENTIA.

(78) *Similiter convenit, ut quicumque ad mallum fuerit et in veritate testimonia non habuerit modo se æducat, et necesse est aut initium fidem faciant et non habuerit simili modo qui pro eum fidem faciant ; et ipse in senestra manu festucam teneat et dextera manu auferat.*

(79) FRANKEN. *Das franz. Pandrecht,* p. 236.

jugé contre celui qu'il replégea. Quant à celui qui n'est plège, fors que de revenir en cour, s'il remet en cour celui qu'il replégea, comme il était quand il replégea, il est quitte de sa plévine. La plégerie « *d'être à droit* » garantit donc l'exécution de la condamnation, c'est l'équivalent de la *satisdatio judicatum solvi* du droit romain. Le plège de *venir en court*, c'est une caution de comparution.

A côté de ces deux plégeries, il y avait dans certaines régions, comme à l'époque germanique, des plèges garantissant la promesse de preuve : ce sont les plèges de *deresne* ou d'offre de serment (Anc. Coutume de Normandie, ch. LXXXV).

A propos de la plégerie judiciaire, les coutumiers insistent sur le cas dans lesquels les plèges doivent être donnés, principalement sur les qualités que doit réunir le plège, sur les *essoines* (excuses) que le plège peut faire valoir en justice. La plégerie d'être à droit n'est exigée, dans Beaumanoir, que « *de celui qui plaide en la cour d'aucun seigneur auquel il n'est ni homme ni hôte* » (80). Les conditions essentielles que doit réunir le bon plège sont les suivantes : « il doit être « *riche de facultés* (*locuples*), *laic*, *et bien justiciable* (81), c'est-à-dire que le seigneur devant la Cour duquel il se présente puisse facilement le justicier.

(80) Beaumanoir. C. 32.

(81) *Conseil à un ami*, Ch. VII, § 1, 4. — Beaumanoir. Ch. 32, 33, 34.

Sur les excuses *(essoines)* que peut invoquer le plège de *venir en court*, on consultera avec fruit le chapitre 96 du livre XLIII de Beaumanoir (82).

Dès le temps de Beaumanoir, les plèges judiciaires ne sont plus rigoureusement exigés. Au ch. 32, l'auteur de la coutume de Beauvoisis, prévoyant le cas où le plaideur ne peut trouver de plège, décide que « *s'il veut jurer qu'il ne peut nul plège avoir il ne perdra pas que droit lui soit fait* ». Le cautionnement judiciaire fut de moins en moins pratiqué à partir du XIII[e] siècle. Il subsista exceptionnellement en matière civile en cas d'exécution provisoire d'un jugement susceptible d'appel, afin que si ce jugement était réformé la partie qui avait succombé en première instance fut assurée d'obtenir de son adversaire ou de la caution ce qu'elle avait payé. — Le cautionnement judicaire persista également en matière criminelle (83). Ce caractère exceptionnel de

(82) Ch. 36, Beaumanoir prévoit les cas suivants : Le replègé meurt dans le jour, et a excuse de son corps prouvée sans fraude et tromperie, il est pris et mis en prison pour guerre. Pour de telles essoines, le plège se peut excuser qu'il ne peut remettre le défendeur en cour. On peut rapprocher de ce passage de Beaumanoir celui des XII Tables (tab. I) où sont indiquées les excuses que peut invoquer celui qui est l'objet d'une *in jus vocatio*. — V. aussi Tardif : *La procédure civile au XIII[e] siècle ou procédure de transition.*

(83) Le rôle du cautionnement dans la procédure criminelle a toujours été fréquent soit pour assurer la comparution de l'inculpé, en cas de mise en liberté provisoire, soit pour garantir le paiement des amendes *(Livre des droiz et commandemens, éd. Beautemps-Beaupré*, I, p. 214. *Etabl. de Saint-Louis,* I, CVIII). Le plège se soumettait à la même peine que l'inculpé. La jurisprudence mit longtemps à se départir de cette rigueur.

cautionnement judiciaire est bien exprimé, quoique avec quelque exagération, par cette maxime de Loysel : « Cautions judiciaires n'ont plus lieu en France ».

Ce déclin du cautionnement judiciaire coïncide avec les progrès du pouvoir royal. A mesure que ce pouvoir s'organise, il s'immisce de plus en plus dans le service de la justice. L'Etat se substitue à l'individu dans l'œuvre de la réalisation du droit et met à la disposition des particuliers des moyens de contrainte qui garantissent la comparution des parties et l'exécution des jugements, plus complètement que toutes les cautions du droit antérieur.

CONCLUSION

SOMMAIRE. — 1° Il y a un cautionnement primitif. Ses traits principaux. — 2° Il y a un cautionnement moderne. Ses traits principaux. — 3° La pratique contemporaine revient à la conception primitive du cautionnement.

Résumons les principaux points acquis au cours de cette étude.

Soit à Rome, soit chez nous, originairement, le cautionnement fut un contrat formaliste. Il donnait lieu à une obligation absolument indépendante du *devoir* ou de *l'obligation* du tiers garanti. Souvent même cette indépendance fut poussée jusqu'à l'isolement : nous savons en effet que la caution primitive est quelquefois l'unique obligé, qu'elle garantit une obligation sans existence légale, un simple *devoir*.

L'indépendance de l'obligation a cette conséquence qu'elle n'est point calquée sur celle du tiers garanti : elle peut être plus étendue que celle-ci, avoir un objet différent. Autre effet de son indépendance : la caution occupe une position avancée ; le créancier peut exiger d'elle l'exécution de son obligation avant de poursuivre le tiers qu'elle garantit.

Comme le débiteur primitif, c'est moins ses biens que sa personne que la caution engage. On peut dire d'elle qu'elle est un gage vivant.

En cas de pluralité de cautions, la dette ne se divise pas entre elles, elles sont solidairement responsables.

La dette de la caution ne passe pas à ses héritiers.

Enfin, surcroit de garantie : les procédures de justice privée se maintiennent longtemps à l'égard des cautions.

Telle est rapidement esquissée la physionomie de notre institution dans le droit romain primitif, le droit germanique, notre très ancien droit coutumier.

La conception du cautionnement commune à ces trois législations ne serait-elle pas celle de toutes les législations primitives ? En particulier, les peuples indo-européens : Grecs, Italiotes, Germains, Slaves n'auraient-ils pas conçu, à l'origine, le cautionnement d'une façon identique ? Il paraît difficile d'en douter après la vérification que nous venons de faire de l'identité du cautionnement dans les législations de deux peuples d'origine aryenne !

Combien différente est la conception moderne du cautionnement ! Aujourd'hui, le cautionnement est un contrat purement consensuel. L'élément formel a complètement disparu. L'obligation de la caution a perdu son indépendance. Elle est l'accessoire de l'obligation principale et doit être taillée sur le même modèle que celle-ci.

C'est une obligation subsidiaire, c'est-à-dire que

la caution ne peut être poursuivie qu'au cas d'insolvabilité du débiteur principal. On exprime cela en disant que la caution peut faire discuter l'obligé principal.

Comme tout débiteur, la caution moderne n'engage que ses biens. S'il y a plusieurs cautions, elles peuvent réclamer la division entre elles. La dette de la caution est transmissible comme les autres dettes. Enfin le créancier n'a vis-à-vis des cautions que les voies d'exécution ordinaires. — Tous ces traits qui, pour la plupart, viennent du droit romain de l'époque classique, ont passé dans les législations modernes. Un coup d'œil rapide jeté sur ces législations convaincra qu'elles pratiquent toutes le même cautionnement (84).

Nous pouvons donc conclure qu'il y a un *cautionnement primitif* comme il y a un *cautionnement moderne*. Ce qui différencie le plus ces deux cautionnements, c'est d'une part, que dans l'un, l'obligation de la caution est principale et indépendante, tandis que dans l'autre, elle est accessoire et subsidiaire ; — d'autre part, que les cautions primitives ne peuvent invoquer la division dont peuvent se prévaloir les modernes. L'absence des bénéfices de division et de discussion dans le cautionnement primitif, voici la grosse différence !

(84) Pandectes françaises : *V°* Cautionnement. (Législation comparée.)

Mais est-il conforme à la réalité de dire que le cautionnement du Code civil qui admet ces deux bénéfices est bien notre cautionnement moderne? La volonté des parties contractantes n'a-t-elle point défait l'œuvre du législateur ? En présence de la pratique contemporaine du cautionnement solidaire, c'est-à-dire d'un cautionnement dans lequel le créancier obtient des cautions la renonciation aux bénéfices de division et de discussion, ne peut-on pas dire que le cautionnement d'aujourd'hui n'est autre que le cautionnement primitif avec ses deux caractères essentiels ?

Ce cautionnement, si répandu aujourd'hui (85) par la convention des parties dans les affaires civiles et que le législateur considère comme le cautionnement normal du droit commercial, diffère-t-il beaucoup du cautionnement romain primitif, de la *fidejussio* germanique ou de la plégerie du Moyen-Age ? Non, assurément.

Il semble donc que nous retournons aux formes primitives de la garantie personnelle — que nous confessons (86) que les anciens, en décidant que les

(85) M. Fournier. *Du cautionnement solidaire. Rev. crit. de législ.* 1886-1887.

(86) Bien que, lors de la rédaction du Code civil le bénéfice de discussion ait été admis sans difficulté il convient de rappeler que le tribun Chabot tout en défendant le bénéfice de discussion, au nom de l'équité, reconnaît que *dans la rigueur du droit* la caution pourrait être poursuivie par le créancier dès l'instant où le débiteur principal serait en retard de payer, puisqu'elle s'est engagée à exécuter l'obligation principale dans le cas où le débiteur ne l'exécu-

cautions étaient des obligés principaux et solidaires, avaient du cautionnement une conception plus exacte, et qu'ils ont su mieux que nous réaliser le but de cette institution qui est de donner au créancier une garantie maxima. Où ce maximum de sécurité est-il assuré davantage que dans la législation qui fait des cautions des obligés principaux et solidaires ?

L'histoire des institutions serait-elle, comme celle des autres phénomènes sociaux, un continuel recommencement ? Les primitifs avaient-ils instinctivement trouvé la formule exacte du cautionnement ? Telles sont les réflexions que peut inspirer le renouveau du cautionnement primitif auquel nous assistons.

Vu :
Le Professeur, Président de la Thèse,
E. GAUCKLER.

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZEVORT.

terait pas lui-même. (FENET, XV, p. 52 et 53). D'autre part un civiliste éminent, Laurent, n'admet pas, sans réserve, le bénéfice de discussion. (LAURENT, *VI. Code civil XXVIII, n° 204*). Sur le fondement de ce bénéfice, V. GUILLOUARD, *Tté du cautionnement* p. 125 et s.

ERRATA

Page 7, ligne 4, au lieu de : *par celui exposé*, lire : *que celui exposé.*

» 7, ligne 13, au lieu de : *Sous les rois des premières races,* lire : *Sous les rois des deux premières races.*

» 25, note 22, au lieu de : *Sur les concordances des formes*, lire : *Sur la concordance des formes.*

» 37, note 44, au lieu de : *adrhamire aliquen,* lire : *adrhamire aliquem.*

» 42, note 55, au lieu de : *firmitas obliyationem*, lire : *firmitas obligationum.*

» 57, note 18, au lieu de : *ut quis po se*, lire : *ut quis pro se.*

» 59, ligne 16, au lieu de : *les raffinés*, lire : *ces raffinés.*

» 64, note 21 *bis*, au lieu de : *sed vindicem debat*, lire : *sed vindicem dabat.*

» 86, note 71, au lieu de : *appellanbur cœdem,* lire : *appellantur eœdem.*

» 92, note 85, au lieu de : *himrself,* lire : *himself.*

» 97, note 91, au lieu de : *velant*, lire : *vetant.*

» 102, note 99, au lieu de : *quæ actio talis crat,* lire : *quæ actio talis erat.*

» 128, ligne 13, au lieu de : *à l'adversaire possesseur intérimaire,* lire : *à l'adversaire du possesseur intérimaire.*

» 158, note 77, au lieu de : *de suo præsentia,* lire : *de sua præsenlia.*

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE. — L'acte générateur du cautionnement primitif . . 9

CHAPITRE PREMIER. — *Formalisme du cautionnement primitif romain* 18

§ 1. — Le cautionnement avant la loi Silia . . . 20

§ 2. — Le cautionnement après la loi Silia . . . 29

CHAPITRE II. — *Formalisme de l'acte générateur du cautionnement germanique et de la plègerie de notre ancien droit coutumier.* . . .

§ 1. — Cautionnement germanique. 36

§ 2. — Plégerie de notre ancien droit coutumier. . 43

DEUXIÈME PARTIE. — Les effets du cautionnement primitif. 45

CHAPITRE PREMIER. — *Nature de l'obligation de la caution primitive* 46

§ 1. — La caution est l'unique débiteur 48

§ 2. — La caution libère le débiteur principal . . 53

§ 3. — Apparition de la notion d'*adpromissio :* l'obligation de la caution va perdre son indépendance. 55

CHAPITRE II. — *Rapports du créancier et de la caution.* 61

§ 1. — Le droit du créancier vis-à-vis de la caution. 62

§ 2. — Réalisation du droit du créancier 99

Pages

CHAPITRE III. — *Rapports de la caution et du tiers garants* 110

TROISIÈME PARTIE. — Application ou utilité pratique du cautionnement dans le droit primitif. . 118

CHAPITRE PREMIER.

§ 1. — Le cautionnement dans les conventions . . 122

§ 2. — Les caractères du cautionnement conventionnel. 132

CHAPITRE II. — *Le cautionnement dans la procédure* . . 147

§ 1. — Le cautionnement dans le procès romain . 147

§ 2. — Le cautionnement dans le procès germanique 156

CONCLUSION 161

Caen. — Imp. E. ADELINE, rue Froide, 16